Begriffsmässige Bestimmung

der

Schenkung

unter besonderer Berücksichtigung der Schenkung unter einer Auflage

nach deutschem bürgerlichem Recht.

Jnaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Grossh. Landesuniversität Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Skopnik,

Referendar a. D.

Widminnen, Ostpr.

1911.

A. Rossbach, Buchdruckerei, Eschwege.

Begriffsmässige Bestimmung

der

Schenkung

unter besonderer Berücksichtigung der Schenkung unter einer Auflage

nach deutschem bürgerlichem Recht.

Jnaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Grossh. Landesuniversität Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Georg Skopnik,

Referendar a. D.

Widminnen, Ostpr.

1911.

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

A. Rossbach, Buchdruckerei, Eschwege.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meiner lieben Braut.

Benutzte Litteratur.

Becker, System des heutigen Pandektenrechts; 1886; Bd. I. u. II.
Beeg, Die Auflage nach gemeinem Recht und Bürgerl. Gesetzbuch; 1903; Diss. Greifswald.
Benner, Donatio sub modo; 1888; Diss. Halle-Wittenberg.
Binder, Umgehung des Art. 6 des preuss. A. G. zum B. G. B. durch Erbeinsetzung unter Auflage; Deutsche Juristen-Zeitung 10. Jahrgang 1905, S. 996 ff.
Bremer, Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen; Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik; Jena 1874, Bd. 13, S. 89 ff.
Burckhard, Stellung der Schenkung im Rechtssystem; 1891;
Burckhard, Ueber die Schenkungsannahme; 1892.
Burckhard, Zum Begriff der Schenkung; Festgabe für Becker 1899.
Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe von Fischer-Henle 1899.
Bürgerliches Gesetzbuch von Rosenthal 1906.
Cohn, Zum Begriff der Schenkung nach B. G. B. Diss. Rostock.
Corpus iuris civilis, Ausgabe: Mommsen, Krüger 1899.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts II. 3. Aufl. 1900.
Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts Bd. I. u. II. 1900.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte; Freiburg i. B. 1897.
Dernburg, Pandekten Bd. II, 7. Aufl. 1903.
Dernburg, Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs u. Preussens; Bd. II, 1905.
Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts; Bd. II, 1897.
Eck, Vorträge; bearbeitet von Leonhard; 1. u. 2. Aufl. 1903.
Eichhorn, Ueber Schenkungen; Deutsche Juristenztg. 8. Jg. 1903 S. 433.
Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts; Bd. I., 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann, Das bürgerl. Recht; Bd. I, 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; Bd. 18, 19, 21, 23 und 60.
Entwurf eines B. G. B. für das Deutsche Reich; Bd. II.
Erxleben, Die condictiones sine causa; Göttingen 1853.
Feigel, Die Auflage; Diss. Erlangen 1898.
Foerster-Eccius, Theorie und Praxis des gemeinen preussischen Privatrechts; 4. Aufl. 1880.
Glueck, Erläuterungen der Pandekten IV.
Goldmann-Lilienthal, Das bürgerl. Gesetzbuch; Bd. I, 2. Aufl. 1902.
Goldschmidt, Die gemischte Schenkung nach Reichsrecht; 1907.
Gradenwitz, Ueber den Begriff der Voraussetzung; Diss. Berlin 1880.
Gruchot, Beiträge z. Erläuterung d. deutschen Rechts; Bd. 25, 45 u. 48.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte; Leipzig 1899.
Heuser, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt; Diss. Rostock 1902.
Hipp, Ueber Rückforderung wegen Hinfalls des Zwecks; Diss. Göttingen 1889.
Haymann, Die Schenkung unter Auflage in Neumanns Jahrbüchern, Bd. 1906, S. 169 ff.
Haymann, Die Schenkung unter einer Auflage; Berlin 1905.
Ihring, Zweck im Recht. 2. Aufl.

Koeppen, Das negotium mixtum cum donatione nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen; Berlin 1901.
Kohler, Vertrag und Uebergabe; Archiv für bürgerl. Recht, Berlin 1900, Bd. 18, S. 1 ff.
Krahmer, Gegenseitige Verträge.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 1898.
Kuhlenbeck, Kommentar zum B. G. B. Bd. I. 1903.
Lammfromm, Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag; 1897.
Lenel, Nochmals die Lehre von der Voraussetzung; Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 79, 1892, S. 49 ff.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerl. Rechts; Bd. I, 4. Aufl. 1900.
Mayer, v., Bereicherungsanspruch; Leipzig 1903.
Meisner, Recht der Schuldverhältnisse; 1898.
Meyerfeld, v., Lehre von den Schenkungen; Bd. I u. II, 1835 u. 38.
Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches; II. Bd. 1896.
Neumann, Handausgabe des B. G. B. 1909.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse; 2. Aufl. 1906.
Ortloff, Die Schenkung; Archiv für bürgerl. Recht, 1902, Bd. 21, S. 269.
Pantenburg, Rechte des Schenkers, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt; Diss. Rostock 1901.
Pernice, Labeo III; Halle 1892.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz; 3. Aufl. 1907.
Pollack, Der Schenkungswiderruf . . . . 1886.
Protokolle der Kommission für die II. Lesung, Bd. II u. III.
Puchta, Pandekten 1872.
Raetz, Die Schenkung in den Gutachten aus dem Anwaltsstande; Heft 3, 1888.
Regelsberger, Pandekten 1893.
Sauke, Die Vollziehung der Auflage; Diss. Rostock 1903.
Savigny, v., System des heutigen röm. Rechts; Bd. IV, 1841.
Scherer, Recht der Schuldverhältnisse 1899.
Scheurl, Beiträge; Bd. II, Erlangen 1871.
Schilling, Lehrbuch für Institutionen u. Geschichte des röm. Rechts; Bd. III.
Schmitz, Rechtslage des Schenkers bei Nichterfüllung des auf die Schenkung gelegten modus; Diss. Erlangen 1902.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse; Bd. IV 1904.
Seufferts Archiv, Bd. 5, 6 u. 27.
Stammler, Schuldverhältnisse.
Staudinger-Kober, Kommentar zum B. G. B. 1910.
Stolte, Der Begriff der Schenkung nach deutschem bürgerl. Recht; Diss. Strassburg 1900.
Sohm, Institutionen; 10. Aufl. 1901.
Thibaut, System des Pandektenrechts; 8. Aufl. 1834.
Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, 1878.
Waechter, Pandekten; Bd. II, 1881.
Weihrauch in Gruchots Beiträgen 48. Jahrg.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts; Bd. II, 1906.
Wunderlich, Schenkungen des Gewalthabers an die seiner Gewalt Unterworfenen. Juristische Wochenschrift 31. Jahrg. 1902, S. 284.
Zitelmann, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches; 1900.

Begriffsmässige Bestimmung der Schenkung

unter besonderer Berücksichtigung der Schenkung unter einer Auflage

nach deutschem bürgerlichem Recht.

Inhaltsübersicht.

Erster Teil.

Ueber Schenkungen im allgemeinen.

§ 1. Begriff und Stellung der Schenkung im Rechtssystem, animus donandi **Seite 7.**

§ 2. Vertragsnatur und Haupterfordernisse der Schenkung: a) Vermögensverschiebung, b) Einigung über die Unentgeltlichkeit **Seite 8.**

§ 3. Die Schenkung unter dem Vertragsrecht des B. G. B. Der § 516,2 B. G. B. Würdigung der Annahmeerklärung. **Seite 11.**

§ 4. Form und Arten der Schenkung. **Seite 14.**

Zweiter Teil.

Die Schenkung unter einer Auflage.

Abschnitt I. **Begriff und rechtliche Natur des Modus und der Schenkung unter Auflage.**

§ 5. Die donatio sub modo im römischen und gemeinen Recht. **Seite 15.**

§ 6. Fortsetzung. Abgrenzung der Auflage gegen ähnliche Rechtsgebilde. **Seite 18.**

§ 7. Auflageschenkung und gegenseitiger Vertrag. **Seite 25.**

§ 8. Ergebnisse und Folgerungen. Auslegungsgrundsätze. **Seite 31.**

Abschnitt II. **Rechte des Schenkers oder Dritter, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt.**

1. Der Anspruch auf Vollziehung der Auflage.

§ 9. Realkontraktsnatur der Auflage. Die in Betracht kommenden Personen. **Seite 34.**

§ 10. Der § 526 B. G. B. Wertverhältnis von Zuwendung und Auflage. **Seite 37.**

2. Das Rückforderungsrecht.

§ 11. Der § 527 B. G. B. Nichtigkeit der Auflage. Umfang der Rückforderung. **Seite 40.**

3. Das Widerrufsrecht.

§ 12. Die §§ 530 u. 531 als Ersatz für 527 B. G. B. **Seite 45.**

Erster Teil.

Über Schenkungen im allgemeinen.

§ 1.

Begriff und Stellung der Schenkung im Rechtssystem. animus donandi.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Schenkung im Recht der Schuldverhältnisse, 7. Abschnitt, 2. Titel und definiert sie dahin:

„Eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt."

Damit ist einmal dem alten Streit über die Stellung der Schenkung im Rechtssystem, dem im Interesse der Wissenschaft und infolge der eigentümlichen juristischen Natur aller schenkweisen Leistungen die Berechtigung auch heute nicht abgesprochen werden kann, die Spitze abgebrochen; sodann hat aber auch die frühere Lehre vom animus donandi, wie sie Savigny und Windscheid in der gemeinrechtlichen Praxis zur Geltung gebracht haben, künftig ihre dogmatische Kraft und Bedeutung verloren.

Entgegen dem ersten Entwurf hat das BGB von dem begrifflichen Erfordernis eines animus donandi Abstand genommen, wohl mit Rücksicht darauf, dass er den allermeisten Schenkungen als zugrundeliegend erachtet werden muss, und baut die Schenkungsnatur einer Vermögenszuwendung vornehmlich auf den Begriff der „Unentgeltlichkeit" auf. Während der Gesetzgeber aber das Erfordernis der Unentgeltlichkeit an die Bedingung knüpft, von den Beteiligten übereinstimmend gewollt und demgemäss anerkannt zu sein, legte er gleichzeitig die gemeinrechtlich vielumstrittene Frage nach der Natur der Schenkung grundsätzlich im Sinne der herrschenden Meinung für die heutige Rechtsprechung fest und erklärt die Schenkung für einen obligatorischen Vertrag.[1])

[1]) Vgl. hierzu: Burckhard: Stellung der Schenkung; derselbe: Schenkungsannahme; derselbe: Zum Begriff der Schenkung; Meyerfeld: Lehre von den Schenkungen; Becker: Pand. II § 102; Lenel, Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 74, S. 230 ff.; Weihrauch in Gruchots Beiträgen, 48. Jahrg. S. 229 ff. Neumann bei Gruchot 45. Bd. S. 503 ff. Entw. I zum B. G. B.

§ 2.

Vertragsnatur und Haupterfordernisse der Schenkung.

Von vornherein scheiden für den Begriff der Schenkung alle Nichtrechtsgeschäfte und solche Rechtsgeschäfte aus, die keine Güterübertragung oder Gebrauchsüberlassung enthalten, und es gehören nach den Protokollen der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des B.G.B. zu einer rechtsgültigen Schenkung ihrem Wesen nach in erster Linie zwei Erfordernisse: Ein objektives, das dingliche Uebertragungsgeschäft, dessen Inhalt sich nach dem Gegenstande der Uebertragung bestimmt, und ein subjektives, nämlich die Einigung der Parteien darüber, dass die durch den dinglichen Uebertragungsakt erzeugte Vermögensverschiebung „unentgeltlich" erfolgen solle.[2])

Die Art und Weise, in welcher das objektive Moment zur Erscheinung gebracht wird, kann im Uebrigen so verschieden sein, wie die Geschäfte, durch welche dem einen Vermögen aus dem andern etwas zugeführt wird. Die Hauptgeschäfte allerdings, welche solche Vermögensüberführungen, z. B. Erlass einer Forderung, Eigentumsübertragung etc. bewirken, erfordern zwar ebenfalls einen Vertrag, aber nicht dieser Vertrag, sondern der Vertrag über die causa ist Schenkung.

Zweck und innerstes Wesen der Schenkung hat nun freilich das eigentumsgleiche Verschaffen einer Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers zum Gegenstande, aber da das eigentliche Wesen der Schenkung nicht in der juristischen Gestalt der Vermögenszuwendung zu suchen ist, sondern in der causa, muss zweierlei unterschieden werden: das dingliche Uebertragungsgeschäft, das sich in der Uebergabe des Zugewendeten zu realisieren pflegt, und der Vertrag über die causa des Rechtsgeschäfts, welche indess mit den innersten Beweggründen des Schenkers gar nichts zu tun zu haben braucht.

Bei der schenkweisen Zuwendung eines Vermögensgutes an einen andern geht das dingliche Uebertragungsgeschäft voraus, es baut sich aber trotz der damit gemeinhin schon bewirkten Bereicherung desjenigen, zu dessen Gunsten die Zuwendung erfolgt ist, erst dann zu einer Schenkung im Rechtssinne aus, wenn ein zweiter Vertrag des Inhalts hinzutritt, dass der Empfänger der Zuwendung diese als geschenkt im beiderseitigen Sinne „annehmen" wolle.[3])

Will z. B. A. von seinem Freunde B. ein wertvolles Buch kaufen, das dieser ihm schenkweise zu überlassen geneigt ist, womit A. sich aber nicht einverstanden erklärt, so wäre bei der gleichzeitigen Uebergabe des Buches an A., dieser Eigen-

[2]) Vgl. Protokolle II. S. 6; ferner Cosack 3. Aufl. S. 488 ff; Kuhlenbeck 2. Aufl. S. 423; Scherer II S. 624. (1899.)

[3]) Vgl. Protokolle Bd. II S. 6.

tümer des Buches geworden, ohne dass rechtlich eine Schenkung als zustandegekommen angenommen werden könnte, wenn A. von der Unentgeltlichkeit nichts wissen will und das Buch später zu bezahlen beabsichtigt.

Die beiderseitige Einigung ist mithin die unerlässliche condicio sine qua non für die Rechtsgültigkeit eines jeden Schenkungsakts, und es muss bei der Prüfung, wann eine Schenkung im Rechtssinne vorliegt, die „Abstrahierung des objektiven Moments vom subjektiven", also eine getrennte Behandlung der Zuwendung an sich und der Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung für notwendig erachtet werden.[4])

Hierbei bedeutet „unentgeltlich", dass die Leistung nicht durch irgendwelche rechtliche Verpflichtung zur Leistung geboten erscheint und dass der Leistung nicht eine Gegenleistung gegenübersteht, welche sich als Aequivalent derselben darstellt oder nach Ansicht der Parteien sein soll, es ist vielmehr für den Bau der Schenkung als Schuldverhältnis entscheidend, „dass es weder wie das gegenseitige in seiner Entstehung an ein entsprechendes Gegenversprechen gebunden ist, noch wie andere einseitige Schuldverträge auf die Begründung eines Forderungsrechtes für den Zuwendenden gerichtet ist, noch endlich den Verpflichtungsgrund aus einem Tatbestande kraft Gesetzes entnimmt."[5])

Müssen wir nun die Schenkung heute mit Notwendigkeit zu den Verträgen rechnen, so doch keineswegs zu den gegenseitigen. Sie verpflichtet, abgesehen von den Fällen der „Schenkung unter einer Auflage" den Beschenkten gar nicht, sondern begründet nur eine streng einseitige Verpflichtung des Schenkers, dem Bedachten das Eigentum an der Zuwendung zu verschaffen. Bei jeder Erfüllung einer rechtlich begründeten Verpflichtung zu einer Leistung hört aber eine Handlung auf, ihrer Natur nach Schenkung zu sein, sobald es sich um die Erfüllung einer wirklichen Schuldverbindlichkeit handelt. Was man bereits schuldet, kann man nicht mehr schenken.[6])

Verfehlt wäre es nach dem Obigen, die sog. remuneratorische oder belohnende Schenkung ebenso wie das Gegengeschenk nicht als reine Schenkung anzusprechen. Aus Wohltaten oder aus Handlungen, für die keine Gegenleistung vereinbart war oder erwartet zu werden pflegt, sowie aus der Annahme einer Schenkung kann auch keine rechtliche Verpflichtung zu einer Gegenleistung, wie z. B. bei den Realverträgen entstehen, mag auch der Wohltäter oder der Geber tatsächlich mit voller Bestimmtheit auf eine Gegenleistung gerechnet haben. „Eine Gegenleistung ist nur dann Entgelt,

[4]) Vgl. Burckhard, Annahme, Seite 8.
[5]) Vgl. Endemann § 164,3.
[6]) Vgl. Endemann 9. Aufl. S. 1029; auch Cosack S. 495 und R. G. Entsch. 36 S. 282.

wenn sie von den Hauptbeteiligten der Zuwendung als gleichwertig zur Seite gestellt wird. Es kommt also weniger auf den objektiven Wert der beiderseitigen Leistungen, sondern auf deren subjektive Wertschätzung seitens der Parteien an, und zwar genügt es, wenn die Wertgleichheit auch nur von einem der Beteiligten angenommn wird."[7]) Danach könnte allerdings unter Umständen sogar die Erfüllung einer blosssittlichen, aber nicht rechtsverbindlichen Verpflichtung als entgeltlich und somit als Nichtschenkung erscheinen, wie z. B. die Entrichtung der üblichen Trinkgelder in den Wirtschaften, die mehr als pflichtgemässe Ausstattung der Tochter durch den Vater, die Bezahlung einer Spielschuld u. dergl.[8]) Die Grenze ist flüssig, und die Entscheidung wird unter Berücksichtigung der Handels- und Verkehrsgepflogenheiten vielfach nur von Fall zu Fall möglich sein. Trotzdem darf als unbestritten angesehen werden, dass bei der reinen Schenkung von einem Entgelt keine Rede sein kann und dass der Schenker sein Vermögensopfer in den meisten Fällen aus Zuneigung für den Begünstigten und in der unzweideutigen Absicht bringen wird, sein Vermögen zu vermindern und das des andern zu vermehren. Hieraus ist freilich nicht zu folgern, dass Zuwendungen, mit denen der Geber unverkennbar egoistische Zwecke verfolgt, nicht doch Schenkungen sein könnten. Diese Zwecke dürfen nur nicht so stark in Erscheinung treten, dass sie etwa in der Form der Bedingung mit der Zuwendung verbunden werden und die einseitige Verpflichtung des Gebers von ihrer Erfüllung abhängig erscheint, — denn damit läge ja bereits ein gegenseitiger Vertrag vor, — aber es tut der Schenkung als solcher rechtlich keinen Abbruch, wenn an die Hingabe von Vermögenswerten selbstische Hoffnungen geknüpft werden, ja, wenn diese die Zuwendung im tiefsten Grunde sogar veranlasst haben. Dem Beweggrund darf kein Einfluss eingeräumt werden. Wie die rechtsgeschäftlich unentgeltliche Gabe immer eine wahre Schenkung ist, auch wenn sie sich als freiwillige Vergeltung für erwiesene Wohltaten äussert, so bleibt auch der Begriff der Schenkung als solcher durch rein egoistische Antriebe unberührt, so lange der egoistische Zweck nicht zum Inhalt des Geschäftes, d. h. nicht zu der rechtlich den materiellen Charakter des Geschäftes bestimmenden causa erhoben ist.[9]) Auf egoistischen Beweggründen beruhen heute viele unentgeltlichen Zuwendungen, die bewirkt werden, um z. B. Titel und Adelsprädikate zu erlangen, in der Beichte Absolution zu gewinnen, Zutritt zu feierlichen Anlässen oder Aufnahme in exclusive Kreise etc. zu erreichen,[10]) ohne dass man umhin können wird, der-

[7]) Vgl. Cosack 3. Aufl. S. 489.

[8]) Vgl. Cosack S. 491; B. G. B. § 1624.

[9]) Vgl. Burckhard: Zum Begriff d. Sch. S. 135

[10]) Vgl. das Beispiel bei Cosack S. 491: Schenkung eines Grundstücks an den Fiskus zur Errichtung einer Kadettenanstalt. Siehe auch Matthiass 4. Aufl. S. 529 ff.

artigen Zuwendungen den Charakter von Schenkungen zuzubilligen. Gerade mit Rücksicht auf die für die Rechtsprechung so ungemein grosse Schwierigkeit, in jedem einzelnen Falle die wahre Absicht des Zuwendenden festzustellen, ist im B.G.B. das in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen gediehene Erfordernis des animus donandi für den Begriff der Schenkung beseitigt worden, und zweifellos hat diese Regelung im Verein mit der grundsätzlichen Behandlung der Schenkung als Vertrag zu erheblicher Verminderung von Urteilen geführt, die mit dem Leben und dem Rechtsgefühl des Volkes schwer in Einklang zu bringen waren.

§ 3.

Die Schenkung unter dem Vertragsrecht des B. G. B. Der § 516,2 B. G. B. Würdigung der Annahmeerklärung.

Das B.G.B. will die Schenkung als Vertrag behandelt wissen. Es kommen daher die allgemeinen Vertragsgrundsätze zur Anwendung mit den Modifikationen, die in den Vorschriften über Schenkung enthalten sind.

Gemäss § 145 ist derjenige, der einem andern die Schliessung eines Vertrages anträgt, an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausdrücklich ausgeschlossen hat; nach § 146 erlischt ein Antrag, wenn er dem Antragenden gegenüber nicht rechtzeitig angenommen ist, und nach § 147,2 kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, bis zu welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmässigen Umständen erwarten darf.

Es wäre danach der eine Schenkung Antragende nur so lange gebunden, als er bei Unterstellung der rechtzeitigen Ankunft des Antrages und der nach der Verkehrssitte als rechtzeitig zu betrachtenden Absendung der Antwort dem Eingang der letzeren entgegensehen wird. Die Annahme müsste demgemäss umgehend zu erfolgen haben, andernfalls die Schenkungsofferte als abgelehnt zu gelten haben würde. Diese Auslegung müsste mit dem Wesen der Schenkung im Widerspruch stehen und ist im Gesetz ausdrücklich vermieden worden durch die Fassung des § 516,2. Das B.G.B. räumt hier der Schenkung eine Sonderstellung ein und gibt folgende Vorschrift: „Ist die Zuwendung ohne den Willen des andern erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablauf der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden." Hiernach stehen dem Begünstigten im Wesentlichen vier Möglichkeiten offen:

1. Er erklärt sich während einer gestellten Frist zur Annahme bereit. Mit diesem Moment käme die Schenkung rechtlich zustande.
2. Er erklärt sich nicht, dann würde die Schenkung als zustandegekommen zu gelten haben.
3. Er lehnt während der gestellten Frist ab, und zwar so, dass die ablehnende Antwort dem Zuwendenden noch vor erfolgtem Fristablauf zugestellt wird. In diesem Falle wäre von Anfang an keine Schenkung als vorhanden anzunehmen, und das Vermögensobjekt könnte bei verweigerter Rückgabe nach den Regeln über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) zurückgefordert werden.
4. Dem Begünstigten ist keine Frist zur Annahmeerklärung gestellt worden, er lehnt auch weder ab, noch nimmt er erkennbar an.[11]) Hier würde es für die Entscheidung dessen, ob eine Schenkung im Rechtssinne angenommen werden könnte, darauf ankommen, ob vielleicht aus irgend welchen sonstigen Aeusserungen oder konkludenten Handlungen auf eine Annahme von seiten des Beschenkten geschlossen werden dürfte; andernfalls wäre das Zustandekommen einer rechtsgültigen Schenkung zu verneinen. Stillschweigen bei dieser Sachlage wie für den Fall der Fristbestimmung als Annahme auszulegen, dürfte ohne weiteres nicht angängig sein.

Leider sind in der umfangreichen Literatur, die das Institut der Schenkung gezeitigt hat, Betrachtungen über die Eigenart des obigen 4. Falles, aus denen sich ein sicherer Anhalt gewinnen liesse, nicht oder nur spärlich zu entdecken. In Verbindung mit § 151 B.G.B. sind aber genügend Beispiele denkbar, in denen es sich als notwendig erweisen würde, selbst dann Stillschweigen als Annahme auszulegen, wenn, wie gesagt, keine Fristfestsetzung für die Annahme der Zuwendung erfolgt ist. Laut § 151 sollen Verträge durch die Annahme des Antrags zustande kommen, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende auf sie verzichtet hat — — — —. Es fragt sich, was häufig unter Verkehrssitte verstanden wird und wie weit die Vermutung der Annahme bei Schenkungen gehen darf. Denn um eine Vermutung wird es sich in gewissen Fällen nicht herumkommen lassen, wie in § $516_{,2}$. Bei Crome kommt es auf das Verhältnis der Parteien „überhaupt und untereinander" an, auf ihre soziale Stellung u. dergl., z. B. ob in dem Geschenk ein „barmherziges, hülfreiches Verhalten oder eine Zudringlichkeit liegt." Bei einer aufgedrungenen Schenkung möchte er Stillschweigen nicht als Annahme deuten und verhält sich im allgemeinen

[11]) Vgl. Matthiass § 112.

wohl mehr ablehnend gegen eine ausgedehntere Anwendung der Vermutung.[12])

Dernburg geht nur flüchtig auf die Frage ein, gibt aber wie die meisten Schriftsteller zu, dass eine stillschweigende Annahmeerklärung unter Umständen schon in dem Entgegennehmen und Behalten des Zugewendeten liegen könne, da nicht jeder es für notwendig halte zu danken, auch wenn er die Schenkung nicht verschmähe.[13])

Endemann sieht die Frage als „theoretisch und allzu sehr zugespitzt" an und befindet sich mit Dernburg im Einverständnis, dass die Sache unpraktisch sei, da man sich einer indiskreten Schenkung gegenüber nicht zu genieren brauche.[14]) Meines Erachtens ist die Frage nicht so rein theoretischer Natur und scheint für die Praxis doch einigen Wert zu haben, da die Zahl der im modernen täglichen Leben vorkommenden Schenkungen, deren Annahme aus Stillschweigen vermutet werden muss, grösser ist, als bei oberflächlicher Betrachtung angenommen zu werden pflegt. Wie mancher wird gezwungen, Gegenstände, die ihm anonym ohne Wissen und Wollen in die Wohnung gebracht[15]) oder in den Briefkasten geworfen werden, zu behalten, zu verwenden und schliesslich zu verbrauchen, lediglich weil ihm der Absender unbekannt ist oder er sich nicht bemüht, ihn zu ermitteln. Selbst alle Fälle ausgenommen, in denen es sich offensichtlich um kaufmännische Offerten oder um Zuwendungen an Arme und Bedürftige handelt, die gewöhnlich in sofortigem Gebrauch oder Verbrauch ihre Annahme zu erkennen geben, lassen sich der Praxis des Lebens zweifellos Beispiele abgewinnen, die rein juristisch betrachtet schwer zu konstruieren sein dürften. Indessen ist zuzugeben, dass bei den weitaus meisten Schenkungen sich die Annahmeerklärung in irgend einem Vorgang finden lassen wird. Im Uebrigen ist die vom Gesetzgeber im B.G.B. getroffene Regelung schon mit Rücksicht auf den Grundsatz gerechtfertigt, dass Geschenke nicht aufgedrungen werden sollen, und tatsächlich pflegt selbst im intimen Kreise von Familiengliedern, Verwandten und Freunden, wo eine Ablehnung von Geschenken fast gar nicht in Frage kommt, die Annahme in Form eines Dankesworts, Händedruckes oder auf andere Weise ausgedrückt zu werden. Die auf Anstand und Sitte zu nehmenden Rücksichten und das Rechtsgefühl des Volkes geben auch hier die Richtlinie an, die zu einheitlicher Rechtsprechung führt; denn der Schenker soll an seine Schenkungsofferte gebunden bleiben, bis die der Sitte und den Verkehrsverhältnissen entsprechende Annahme seitens des Be-

---

[12]) Vgl. Crome II. S. 510.
[13]) Vgl. Dernburg II. S. 122 (1905.)
[14]) Endemann § 164 Anm. 6.
[15]) z. B. Geschenke, die Künstlern und Schauspielerinnen von Verehrern ihrer Kunst zugesandt werden.

dachten erfolgt ist.[16]) Will er verhüten, dass die Schenkung möglicherweise auf unbestimmte Zeit in der Schwebe bleibt, so hat er das Mittel zur Erlangung der Gewissheit in der unbeschränkten Fristsetzung mit der Wirkung, dass erst die bis zum Ablauf der Frist nicht abgelehnte Schenkung als angenommen gilt. Dagegen kann sich der Bedachte von dolosen und Danaergeschenken leicht durch die rechtzeitige Ablehnung befreien. In jedem Falle ist der Bedachte gegen die früher geforderte unverzügliche Erklärung weit günstiger gestellt, und die Gebundenheit des Schenkers an das Angebot der Zuwendung durch das einseitige Erfordernis der Fristbemessung verlängert worden.[17]) Die von Ortloff hierin gefundene Annäherung an das Schenkungsversprechen,[18]) das in Schenkungsabsicht Zugewendete bis zur fristzeitigen Erklärung des andern im Besitze dieses zu belassen, dürfte gewagt erscheinen mit Rücksicht darauf, dass durch die befristete Sachübertragung bereits dingliches Recht begründet ist, während das Schenkungsversprechen nur einen rein obligatorischen Anspruch gewährt.

§ 4.

Form und Arten der Schenkung.

Was die äussere Form der Schenkungen anbetrifft, so ist eine sofort vollzogene Schenkung ebenso wie die Annahmeerklärung des Empfängers formfrei,[19]) es sei denn, dass der Beschenkte den Gegenstand nach besonderen Rechtsvorschriften nur unter einer bestimmten Form übereignet erhalten kann, wie Grundstücke und Hypothekenforderungen. Ausnahmsweise für das Schenkungsversprechen ist die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung vorgeschrieben, um die Gefährlichkeit übereilter Entschlüsse und nicht ernstlich gemeinter Zusagen zu verringern. Im Uebrigen können Schenkungen sehr verschiedenen Inhalts sein, je nachdem sie unter Lebenden oder von Todeswegen errichtet sind und je nach dem mit ihnen verbundenen Zuwendungsgeschäft. Sie werden vielfach mit anderen Geschäften wie Kauf, Tausch, Dienstvertrag, Ausstattung usw. dergestalt verknüpft, dass ihre wahre Natur Unbeteiligten kaum noch ersichtlich bleibt (negotium mixtum cum donatione), [20]) und sind dann naturgemäss den für diese Geschäfte massgeblichen Formen unterworfen.

Lediglich mit Rücksicht auf ihr Motiv stellen sich Schen-

[16]) Vgl. Staudinger zu § 516 desgl. Planck zu 516 Nr. 5.

[17]) Vgl. § 438 des I. Entw.

[18]) Ortloff im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 21 S. 290.

[19]) Vgl. Endemann I § 164; Cosack § 139, 3 u. 4; Planck zu 518; Matthiass § 112 II; Schollmeyer IV S. 49; Dernburg § 206 III; zum Teil anderer Meinung: Meisner zu § 518. Auch ein schenkweiser Erlass ist formfrei (R. G. 53, 296.

kungen als belohnende (remuneratorische), wechselseitige und solche dar, durch die einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht und sittlichen Pflichten entsprochen zu werden pflegt. Ihrer Eigenart suchen Ausnahmen und Besonderheiten bezüglich des Rückforderungsrechtes im Gesetze Geltung zu verschaffen. Mit ihnen in innerem Zusammenhang steht die „Schenkung unter einer Auflage", die eine völlig gesonderte Regelung erfordert hat, da sie als einzige Ausnahme auch eine Verpflichtung des Bedachten in sich schliesst.

Inwieweit durch diese Verpflichtung des Bedachten (Auflage) wegen ihrer eigentümlichen Natur und nahen Beziehung zum gegenseitigen Vertrag der Begriff und Charakter der Schenkung gewahrt bleibt, welchen Wandlungen und Auffassungen der Begriff der Schenkung unter einer Auflage im Laufe der Zeit unterworfen war und wie sie sich im heutigen Rechte darstellt, soll in den folgenden Abschnitten untersucht werden.

Zweiter Teil.

Die Schenkung unter einer Auflage.

1. Abschnitt. Begriff und rechtliche Natur von Modus und Auflageschenkung.

§ 5.

Die donatio sub modo im römischen und gemeinen Recht.

Wie im Vorstehenden zu erläutern versucht wurde, steht es mit dem Begriffe der Schenkung als Rechtsgeschäft und ihrer innersten causa ohne Rücksicht auf das Motiv des Handelnden im Widerspruch, wenn aus unentgeltlichen Zuwendungen rechtsgeschäftliche Verpflichtungen zu einer klagbaren Gegenleistung hergeleitet werden. Dessenungeachtet kommen in der Praxis des Lebens zahlreiche Schenkungsakte vor, bei denen neben und mit der unentgeltlichen Vermögenszuwendung dem Bedachten mündlich oder schriftlich eine Auflage gemacht wird, zu deren Erfüllung er mit der Annahme der Schenkung verpflichtet ist. Es fragt sich, bis zu welchem Grade wir derartigen Zuwendungen den Charakter von Schenkungen zubilligen können, und welche Besonderheiten für sie nach heutigem Recht Platz zu greifen haben.

[20]) Vgl. die ausführlichen Untersuchungen über die Verbindung von Schenkungen und Umsatzverträgen bei **Lammfromm**: „Teilung, Darlehn, Auflage, Umsatzvertrag" (Leipzig 1897) S. 134 ff.

Werfen wir einen Rückblick auf die Zeit vor Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches, so finden wir, dass die Schenkung unter einer Auflage, donatio sub modo, bereits im römischen Recht zu erheblichen Schwierigkeiten hinsichtlich ihrer rechtlichen Gestaltung geführt hat und nur in lückenhafter Weise geregelt war.[21])

Es handelte sich darum, die Erfüllung des mit einer Zuwendung verbundenen modus zu erzwingen, aber eine eigentliche Klage gegen den modal Beschwerten gab es nicht. In der ältesten römischen Zeit des an starre Formen gebundenen Zivilrechts hielt man zunächst mit voller Konsequenz an dem Grundsatze fest, dass aus einem formlosen Vertrage keine Obligation entspringen könne.

Wollte also der Schenker im Falle unterbliebener Erfüllung des modus seinen Anspruch durchsetzen, so musste er sich die Erfüllung der auf die Schenkung gelegten Verpflichtung durch „Stipulation" versprechen lassen und den Gegenstand so lange in der Hand behalten, bis die formellen Worte gesprochen waren. Gegen Ausserachtlassen dieser Form gab es vorerst keine Hülfe.[22])

Als dann auf die Zeit der Zwölftafel-Gesetzgebung die Zeit der interpretatio folgte, und der Einfluss des Prätors auf die Fortbildung des Rechts sich mehr und mehr Geltung zu verschaffen begann, suchte man sich dadurch zu helfen, dass dem Schenker die actio fiduciae gewährt wurde. Er musste das Geschenk mit der Abrede zu Eigentum hingeben, dass das Eigentum zurückzuerstatten sei, wenn die Auflage nicht zur Erfüllung gelange. Erfolgte die Rückgabe nicht, so konnte sie durch die infamierende actio fiduciae erzwungen werden.[23]) Später kam der Grundsatz auf, „dass ein formlos geleistetes obligatorisches Versprechen, wenn auch nicht allgemein, so doch wenigstens dann Klagbarkeit erlange, wenn es mit unmittelbarem Bezug auf eine zuvor empfangene Leistung gleichsam gegen dieselbe erteilt und so von Seiten desjenigen, welchem dadurch etwas verheissen werde, in bestimmter Weise begründet worden sei." In diesem Sinne wurde schon von Papinian und nachher in einer Konstitution Diocletians und Maximians demjenigen, welcher etwas unter bestimmter Auflage geschenkt hat, eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung der auferlegten Verpflichtung zugesprochen.[24])

---

[21]) Vgl. Windscheid Pandekten § 368; Savigny, System § 175; Pernice: Labeo 3, 196; Förster, Preuss. Privatr. § 122; Regelsberger, Pand. § 170.

[22]) Erxleben: „Condictiones sine causa" (1853) S. 290; Benner: „donatio sub modo" S. 22.

[23]) Vgl. Sohm § 12; Voigt: Ueber die cond. ob causam . . . . (Leipzig 1862) S. 710. Pantenburg S. 12 (Auflage.)

[24]) Vgl. Erxleben S. 291; L. 8 c. f. D. d. praescr. verb. 19,5; L. 7, §§ 2, 4 D. d. pact. 2, 14; L. 1, C. d. donat. 8, 55; L. 9 C. eod. und L. 22 C. eod.

Diese Ausdehnung des Anwendungsgebietes der actio praescriptis verbis war die Veranlassung, dass die donatio sub modo unzutreffenderweise im gemeinen Recht von so bedeutenden Rechtslehrern wie Savigny den Innominatkontrakten zugerechnet wurde, worauf im folgenden Paragraphen näher eingegangen werden wird.

Am häufigsten fand der Prätor Gelegenheit, Abhülfe zu schaffen bei Auflagen, die Rechtsgeschäften von Todeswegen, vornehmlich Vermächtnissen, beigefügt waren.

Was den Sprachgebrauch anbetrifft, so bediente man sich in vorjustinianischer Zeit der verschiedensten Ausdrücke für Auflage, von denen bis ins dritte Jahrhundert hinein keiner zu vorherrschender Geltung gelangt ist. Das Nebeneinanderbestehen verschiedener Bezeichnungen bezeugt aber schon die vorhandene Rechtsunsicherheit. Bei weitem am häufigsten findet sich in den Quellen: condicio, lex, iubere, modus, aber auch iussio und die Konjunktionen ut und si sind nicht selten. Erst in justinianischer Zeit kam die Bezeichnung „modus" zu allgemeiner Anerkennung und erscheint zum ersten Mal als technische Benennung für Auflage in drei Titelüberschriften des corpus iuris:

1. D. 35,1 (de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur.)
2. C. 6,45 (de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.)
3. C. 8,54 (de donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur.)

Von dieser Zeit an gilt modus als jursitisches Kunstwort für Auflage[25]) und wird bei der Rezeption nach Deutschland übernommen.

Hier knüpfte sich an den Begriff und den Charakter des modus eine ungemein reichhaltige Literatur, als deren Ergebnis zwar sehr geistreiche und Aufschluss gebende Schriften vorhanden sind, die aber keine einheitliche Definition der Auflage für die neuere Gesetzgebung zu ergeben vermochten. Da die Meinungen vielfach auseinandergehen und auch im bürgerlichen Gesetzbuche von einer Begriffsbestimmung der Auflage bei Schenkungen abgesehen ist,[26]) müssen wir, bevor wir zu den rechtsgeschäftlichen Besonderheiten der Auflageschenkung übergehen, festzustellen versuchen, was heute gemeinhin unter einer Auflage bei Schenkungen verstanden wird. Die Abgrenzung der Auflage von äusserlich ähnlichen, innerlich aber sehr verschiedenen Rechtsgebilden ist im Einzelfalle öfters schwierig. Sehen wir, was in der gemeinrechtlichen Lehre hierüber rechtens war.

[25]) Vgl. Pernice: Labeo III (1892) S. 12. Windscheid: „Voraussetzung" S. 56 ff. Pantenburg, S. 6.

[26]) Anders im Erbrecht § 1940, das unbeschadet der vorliegenden Untersuchungen ausser Berücksichtigung bleiben kann.

§ 6.

Fortsetzung. Abgrenzung der Auflage gegen ähnliche Rechtsgebilde.

Die ältere gemeinrechtliche Lehre pflegte den Begriff des modus im weiteren Sinne als „finis oder Endzweck" aufzufassen und nahm ihn auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften als möglich an.[27]) Diese weitere Fassung wurde als „modus simplex" bezeichnet, auch Zweckbestimmung genannt und war gleichbedeutend mit einem wohlgemeinten Rat, da allgemein angenommen wurde, dass sie nur dann denkbar sei, wenn mit dem modus der Nutzen des Empfängers einer unentgeltlichen Zuwendung erstrebt werde.[28]) Eine Rückforderung des Geschenkes sollte darum aus einer Nichtbefolgung der Zweckbestimmung nicht herzuleiten sein, womit für den modus simplex jede rechtliche Bedeutung entfallen ist.

Von dem modus simplex wurde der modus qualificatus unterschieden, welcher eine wirkliche Aufwendung aus der Gabe oder dem eigenen Vermögen des Bedachten erforderlich machen sollte und sich unter der Bedeutung von „Anordnung" oder „Festsetzung" als die eigentliche Auflage darstellt. Diese engere Auffassung des modus wurde für die neuere gemeinrechtliche Lehre massgebend und ist auch von dem A. L. R. als bekannt vorausgesetzt worden. Das Gesetzbuch behandelt den modus im 4. Titel des ersten Teils neben Bedingung und Befristung, erwähnt ihn aber, ohne irgend eine Definition zu geben, nur als Zweck oder Endzweck, obwohl man annehmen muss, dass die weiteren Bestimmungen für beide Formen des modus zu gelten haben. Während nun einige der neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller[29]) noch von beiden modi als simplex und qualificatus sprechen, ist diese Unterscheidung von den meisten zu Pernices Bedauern[30]) wieder fallen gelassen worden. Er hält die frühere Unterscheidung für eine „wohlbegründete", da der „Endzweck" mindestens da nicht mit der Auflage unter denselben Gesichtspunkt gehöre, wo die Absicht des Zuwendenden über die Erteilung eines guten Rates hinausgehe. Man könne hier unmöglich, wie bei dem eigentlichen modus, einen Haupt- und einen Nebenzweck als zweifaches Endziel finden, da nur ein einziger begrenzter Bereicherungszweck vorhanden sei. Zuzustimmen ist nach meinem Dafürhalten Pernice insofern, als er in seiner Erörterung zu der Schlussfolgerung kommt, dass es sich bei einem die Bereicherungsabsicht ohne jeden Zweifel lassenden wohl-

[27]) Vgl. Pernice S. 3; Glück, Pand. 4, S. 450 ff.; Thibaut, Pand. § 102.

[28]) Glück 4, S. 464 ff.; Thibaut § 102; Pernice S. 4.

[29]) Vgl. Mühlenbruch, Pand. § 111; Wächter, Pand. 1, S. 410 ff.

[30]) Pernice S. 4 und 5.

gemeinten Rat stets nur um Rückforderung des Hingegebenen handeln könne, wenn der Endzweck nicht erreicht werde, dagegen nie um die beim modus die Hauptrolle spielende Klage auf Erfüllung. Es wäre aber falsch, hieraus folgern zu wollen, dass die Erfüllungsklage bei Ausserachtlassung jeder zu Gunsten des Beschenkten gemachten Auflage unanwendbar sein müsse, sondern nur, wenn es sich um eine unverbindliche Empfehlung oder die Angabe der Veranlassung zu der Schenkung handelt. Entscheidend ist also das Vorhandensein oder Fehlen eines Verpflichtungswillens.[31]) Warum hier Haymann[32]) entgegen der herrschenden Meinung und dem Gewicht der Motive dem modus simplex die obligatorische Kraft abzusprechen geneigt ist, wenn der Schenker auch offensichtlich die Zuwendung nicht ohne Voraussetzung der Erfüllung seiner Auflage gemacht hat, bleibt unverständlich. Weswegen sollte sich unter der Herrschaft des neuen Rechts kein Richter finden, der z. B. den Fiskus verurteilt, auf dem modal geschenkten Lande eine Kadettenanstalt zu errichten, wenn er das Land mit dieser Auflage angenommen hat? Von dem Zwang kann er sich durch Rückgabe befreien, resp. es tritt nach rechtskräftiger Verurteilung zur Erfüllung im Falle des Verzuges das Rückforderungsrecht des Schenkers ein. Eine Unbilligkeit kann darin doch unmöglich gefunden werden, denn es wäre im Gegenteil unbillig, sollte der schenkende Bodenspekulant ausser dem geschenkten Grund und Boden auch noch seiner Hoffnung auf Steigerung des übrigen Bodenwertes verlustig gehen. Freilich auf seinen Beweggrund bei der Schenkung soll es zu ihrer Rechtsgiltigkeit nicht ankommen, aber verstiesse nicht die Weigerung des Fiskus gegen die einfachsten Regeln von Treu und Glauben?

Pernice[33]) möchte ich nicht mehr beipflichten, wenn er weiterhin die mit dem modus simplex verbundenen Rechtsgeschäfte als zu solchen gehörig erklärt, bei denen die Zweckbestimmung nicht eine Tätigkeit des Erwerbers fordert, wo also zugewendet wird in der Erwartung, dass ein Ereignis z. B. der Tod, eine Heirat etc. eintreten werde. Gerade an der scharfen Abgrenzung der Auflage von der Bedingung muss unbedingt festgehalten werden, soll nicht jede Rechtssicherheit aufhören, denn die Wirksamkeit der Auflage von dem zufälligen oder zu erwartenden Eintritt eines keine Tätigkeit erfordernden Ereignisses in Abhängigkeit setzen, hiesse nichts anderes, als modus und Bedingung gleichstellen und dem ganzen Institut der Auflageschenkung den Boden entziehen. Andererseits hinwiederum ist es meines Erachtens für eine

[31]) Vgl. hierzu: Planck § 525,2 b; Cosack I § 140; Crome II § 232; Oertmann zu § 525,3c; Dernburg II § 210; Ortloff S. 298; Schollmeyer 4, S. 55. Anders: Endemann I § 164 Note 34.

[32]) Haymann: „Schenkung unter einer Auflage“ (1905) S. 27.

[33]) Pernice S. 4 ff.

befriedigende Lösung anzusehen, dass die modernen Kodifikationen eine Uebernahme der alten Teilung des modus in simplex und qualificatus und überhaupt jede Definition der Auflage unterlassen haben. Bei so schwierigen Rechtsgebilden wie es die Schenkung unter einer Auflage ist und bei der grossen Veränderlichkeit und Mannigfaltigkeit der wirtschaftlichen Erscheinungsformen in unserer schnellebigen Zeit mag eine gesetzliche Begriffsfestlegung besser unterbleiben, wenn nicht volle Klarheit zu erzielen ist. In solchem Falle wird es sich mehr empfehlen, die Rechtsauslegung dem freien richterlichen Ermessen unter jedesmaliger Berücksichtigung von Treu und Glauben, Sitte und Verkehrsverhältnissen zu überlassen, als schwer wieder zu beseitigende gesetzliche Schranken aufzurichten. Damit nicht im Widerspruch erscheint es uns für die vorliegenden Zwecke nützlich und angebracht, den Begriff der Auflage aus der Fülle der Benennungen und zum Teil gesuchten Spitzfindigkeiten herauszuschälen, um sie unbefangener und zweckentsprechender betrachten zu können.

Verfolgen wir die Entwicklung des modus weiter bis zur Gegenwart, so finden wir ihn bei den neueren Pandektisten zu Beginn des neunzehnten Jahrhunderts im Allgemeinen Teil der Systeme zusammen mit der Bedingung und Befristung als „Nebenbestimmung" wieder. Die ältere systematische Rechtswissenschaft und die Naturrechtslehre kannte den Ausdruck in dieser allgemeinen Anwendung nicht. Es sollte durch ihn den „Hauptbestimmungen" in ihrer Existenz oder Wirkung ein Mass und Ziel gesetzt werden, weswegen ihn Puchta[34]) auch als das „Zusammenhaltende" charakterisieren zu können geglaubt hat. Gegen den Ausdruck „Nebenbestimmungen" ist schon von Pernice eingewendet worden, dass er zu allgemein gehalten sei und sein Dasein nur dem Umstande verdanke, gleich Bedingung und Befristung „aufschiebende Rechtswirkungen„ herbeiführen zu können.[35]) Da er für die Auflage auch noch aus dem Grunde ungeeignet ist, weil er leicht mit „Nebensache" (etwas Nebensächlichem) identifiziert werden kann, erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf seine gemeinrechtliche Bewertung, zumal auch das bürgerliche Gesetzbuch die Bezeichnung ignoriert hat. Bei dieser Gelegenheit sei aber darauf hingewiesen, dass es m. E. durchaus möglich ist, dass Auflagen sich als Hauptzweck einer unentgeltlichen Zuwendung darstellen können. Gewiss werden sie in den allermeisten Fällen naturgemäss nur als Beschränkung des mit ihnen verbundenen Zuwendungsgeschäftes auftreten, wie auch normaler Weise der Wert einer Auflage hinter dem der primären Zuwendung zurückbleiben wird, aber bisweilen können sie auch den Hauptzweck einer Auflageschenkung

[34]) Puchta, Pand. § 83.
[35]) Pernice S. 7 ff.

bilden, wenn dieses mit dem Willen des Schenkers in Uebereinstimmung zu bringen ist. Begrifflich steht sogar nichts im Wege, dass der Wert einer Auflage den der ganzen Gabe übersteigt, ohne dass der Schenkungscharakter der Zuwendung beeinträchtigt zu werden braucht,[36]) wie folgende Beispiele ersichtlich machen dürften: A. schenkt einem Neffen 50 Mk. mit der Auflage, um das Grab eines Verwandten ein eisernes Gitter zu ziehen. Beiden ist bekannt, dass für 50 Mk. kein Eisengitter zu erhalten ist. Oder greifen wir zurück auf das Beispiel einer Auflage für den Fiskus zum Bau einer Kadettenanstalt auf geschenktem Gelände. Hier tritt es klar zu Tage, dass der freigebige Bodenspekulant nur darum den Bau der Anstalt betreibt, um sein übriges Terrain im Bodenwerte zu steigern. Sehen wir hier auch von jeder Berücksichtigung des Beweggrundes ab, so erscheint doch die Schenkung selbst gegenüber der ersehnten durch die Auflage angeordneten Bauausführung nur von untergeordneter Bedeutung. Die Erfüllung der Auflage ist der Hauptzweck, ohne sie kann der Schenker seine Bodenwertsteigerung nicht erreichen, wohl aber ohne die Schenkung, wenn er das Terrain verkauft oder anderweitig verwendet hätte.

Es scheint in der Tat, als wenn hier beide Zweckbestimmungen, die unstreitige Liberalität und der mit der Auflage verbundene egoistische Zweck, konkurrierend einander gegenübertreten, so dass man vielleicht umgekehrt mit Matthias sagen darf: „Der juristische Zweck der Zuwendung ist die Begründung der Verpflichtung beim Empfänger /der Zuwendung,[37]) ohne dass man die Verpflichtung des Empfängers notgedrungen als Aequivalent der Vermögenszuwendung zu denken hat. Das Geschäft und die Auflagen verfolgen getrennte selbständige Zwecke, aber die Auflage lässt sich hier schwerlich zum Nebenzweck stempeln. Um Unstimmigkeiten zu vermeiden, wird es sich daher mit Rücksicht auf diese Feststellung empfehlen, für die Bildung des Auflagebegriffs an Stelle des so gebräuchlichen „Nebenzwecks“ die geduldigere „Zweckbestimmung“ oder auch nur „Bestimmung“ zu wählen, womit gleichzeitig auch hier der möglichen Identifizierung von „Nebenzweck“ mit „etwas Nebensächlichem“ vorgebeugt wäre. Abgesehen von dieser Erörterung ist jedoch zuzugeben,

---

[36]) Ebenso: Oertmann S. 459, der darauf hinweist, dass sich dies aus dem allgemeinen Wortlaut von § 525 und e contrario aus § 526 B. G. B. ergibt, wo nur für gewisse Fälle eine Modifikation eintrete. Ebenso ferner Staudinger (1910) S. 762 III; Haymann S. 52, 91 und besonders S. 117; ähnlich auch Lammfromm, Teilung . . . S. 153/154. **Anderer Meinung:** Savigny IV S. 104/105; Goldmann u. Lilienthal, S. 540,3; Endemann § 164 Nr. 29, der grundsätzlich die Auflage nur bis zur Höhe des Schenkungswertes verbindlich sein lässt.

[37]) Matthiass § 58 VII B.

dass die von Wächter[38]) zur besonderen Anerkennung in der modernen Literatur gebrachte Auffassung der Auflage als „Nebenzweck" von allen Versuchen einer Begriffssetzung am ehesten dem innern Wesen der Auflageschenkung gerecht zu werden imstande ist und den nachstehend behandelten schwierigen Konstruktionen der grossen Juristen des neunzehnten Jahrhunderts vorzuziehen sein mag.

So stellte Savigny[39]) den modus zusammen mit der Bedingung und Befristung unter den weiteren Begriff der „Selbstbeschränkungen des Willens", wogegen von Pernice[40]) eingewendet wird, dass nicht so sehr mit bezug auf den Willen als vielmehr in der Wirkung der mit einer Auflage verbundenen Rechtsgeschäfte gewisse Beschränkungen eintreten sollen.

Aehnlich wie Savigny fasst Windscheid[41]) den modus als eine „Erscheinungsweise" der Selbstbeschränkungen des Willens auf, ist aber der Meinung, dass an die Stelle des modus die „Voraussetzung" gesetzt werden müsse. Zwar könne man, wie er ausführlich darlegt, die Voraussetzung auch eine „unentwickelte Bedingung" nennen, da sie gleich dieser das Rechtsverhältnis, welches durch die Willenserklärung zur Begründung komme, von einem Zustand der Dinge abhängig mache, aber sie unterscheide sich wieder dadurch von der Bedingung, dass sie nicht die Existenz des Rechtsverhältnisses von diesem Zustand abhängig erscheinen lasse. Windscheid zieht übrigens die vermögensrechtlichen Rechtsgeschäfte in ihrem ganzen Umfang, sowohl die Rechtsgeschäfte auf den Todesfall wie die unter Lebenden in das Gebiet seiner Lehre von der Voraussetzung, indem er geltend macht, dass die Voraussetzung ebenso auf ein Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges, wie auf ein Positives oder Negatives gehe. Ueberhaupt jedes momentane Ereignis oder dauerndes Verhältnis könne unter Voraussetzung gestellt werden, ohne dass deswegen eine Ueberzeugung von dem vergangenen, gegenwärtigen oder zukünftigen Sein, noch viel weniger von der Dauer des Vorausgesetzten notwendigerweise „involviert" werden müsse. „Die Voraussetzung sei eben nicht dasjenige, weswegen man gewollt habe, sondern dasjenige, ohne welches man nicht gewollt haben würde", brauche aber nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, da sie aus den die Willenserklärung begleitenden Umständen und aus dem übrigen In-

---

[38]) Wächter, doctr. de cond. S. 89 ff.; vgl. auch v. Meyerfeld, Schenkung § 17 Nr. 10; Eck in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Artikel modus. Regelsberger Pand. S. 603 ff. Brinz, Pand. IV S. 231. Matthiass I § 58 VII. Crome I S. 330. Dernburg, II § 210, I, 2.

[39]) System III S. 120.

[40]) Labeo S. 9; ähnlich die Motive II S. 248.

[41]) Windscheid: „Voraussetzung", S. 1 ff. Gegen Windscheid namentlich Lenel Arch. f. d. ziv. Pr. Bd. 79 S. 51 ff.

halte des Rechtsverhältnisses ersichtlich gemacht werden könne.[42])

Schon aus diesen Belägen ist zu ersehen, dass Windscheids Voraussetzungslehre für den Begriff der Auflage viel zu allgemein gehalten ist. Mit Recht wird daher von den Gegnern[43]) darauf hingewiesen, dass den Vorstellungen der Vertragsparteien ein zu weiter Spielraum gelassen werde und die Zuverlässigkeit und Sicherheit des Verkehrs auf das Aeusserste gefährdet werden würde, wenn der Begriff der Voraussetzung gesetzlich für die Auflage festgelegt werde. Meines Erachtens sind Auflage und Voraussetzung besonders deswegen niemals zu identifizieren, weil der in der Auflage bekundete Wille des Handelnden auf ein bestimmtes, gewöhnlich fest umgrenztes Ziel gerichtet und in verpflichtender, ja zwingender Forderung dem Bedachten mit der Zuwendung zu erkennen gegeben ist. Nicht unter der Voraussetzung, dass etwas Gewünschtes geschehen möchte oder könnte, sondern in der unzweideutigen Absicht, dass das Gewollte dem Verpflichteten als sozusagen moralischer Druck „aufliegen", ihn belasten solle, tritt der Wille durch die Auflage in Erscheinung, und wir müssen für den Begriff der Auflage an diesem unverkennbar schon in dem Worte „Auflage" enthaltenen zwingenden Belastungsmoment festhalten. Aus ihm ergibt sich auch als Substrat für den Hauptunterschied von der Bedingung der alte Grundsatz: „Der Modus zwingt, aber suspendiert nicht, die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht." Bei der Auflage wird der Empfänger zur Erfüllung verpflichtet, erwirbt jedoch sofort freies Eigentum, er mag die Verpflichtung erfüllen oder nicht. Die Zuwendung wird als wirklich vollzogen angesehen. Es fehlt bei ihr das der aufschiebenden Bedingung eigentümliche Schwebeverhältnis.[44]) Bleibt es trotzdem mitunter schwierig und der Auslegung vorbehalten, zweifelsfrei zu erkennen, ob Auflage oder Bedingung vorliegt, schon weil beide häufig auf dieselbe Weise eingeleitet zu werden pflegen (damit, wenn — ut, si), so wird man sich im Zweifel für die Auflage als dasjenige Rechtsgeschäft zu entscheiden haben, dessen Rechtsbestand wenigstens als vollwirksam und gesichert anzusehen ist, während die Bedingung alles ungewiss

[42]) Windscheid, Vorauss. S. 7 ff.; vgl. auch Pandektenlehrbuch § 97 bis 100.

[43]) Als Gegner der Voraussetzungslehre kommen neben dem schon erwähnten Lenel noch in Betracht: Dernburg Pand. I § 115 gegen Schluss; Regelsberger Pand. (1893) I S. 605 ff. Pernice, Labeo III S. 64 u. 252; Voigt, cond. ob causam S. 515 ff. Wendt, Reurecht, S. 19 ff. u. 63; Gradenwitz: „Ueber den Begriff der Voraussetzung" (Diss. Berlin 1880.) Als Verteidiger der Lehre sind Baron, Pand. § 60 und Becker § 119 zu nennen.

[44]) So Matthiass § 59 S. 265; vgl. auch Windscheid, Lehrbuch I § 97 Note 1; Benner S. 7 ff. Wendt, Reurecht S. 61 ff. Andererseits Scheurl, Beiträge II 2 S. 3 ff. u. 245 ff.

und unsicher erscheinen lässt. Jedenfalls muss es für durchaus notwendig erachtet werden, den modus aus der Verbindung mit den Willensbeschränkungen und ähnlichen Halbbegriffen wie die Voraussetzung zu lösen. Will man aber an „Nebenbestimmungen" festhalten, so ist ihre Gruppe mit Bedingung und Voraussetzung erschöpft.[45])

Auf Grund äusserer Aehnlichkeit zwischen der donatio sub modo und den tauschartigen Innominatkontrakten, die darin besteht, dass derjenige, welcher zu leisten angefangen hat, nach freier Wahl mit der actio praescriptis verbis auf Erfüllung des Gegenversprechens und mit der condictio ob causam datorum auf Rückgabe des Gegebenen klagen kann, wurde Savigny zu dem Glauben verleitet,[46]) dass die donatio sub modo selbst in einen tauschartigen Kontrakt übergehe. Demgegenüber ist von Erxleben zutreffend darauf hingewiesen worden,[47]) dass es nur da möglich wäre, dem Schenker eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung des modus zu gewähren, wo der Inhalt des modus eine Leistung bilde, die ihrer Beschaffenheit nach möglicherweise Gegenstand einer kontraktlichen Obligation sei, also auch hätte stipuliert werden können. „Der mögliche Inhalt des modus sei aber von einer völlig unbestimmbaren Mannigfaltigkeit und der Gebrauch der condictio gerade in den Fällen, in welchen der Schenker die Erfüllung des modus auch nicht einmal durch eine direkt darauf gerichtete Stipulation zu sichern imstande sei, das stets ausreichende Hülfsmittel, wodurch er die von ihm beabsichtigte Abhängigkeit der Zuwendung von der damit verbundenen Auflage geltend machen und indirekt den Beschenkten zur Erfüllung der Auflage nötigen könne." Dass die donatio sub modo nicht zu den Innominatkontrakten zu rechnen ist, hat seinen Grund, worauf im folgenden Paragraphen noch näher einzugehen ist, vornehmlich darin, dass von dem jenen Kontrakten wesentlichen Moment der Aequivalenz von Zuwendung und Leistung bei der donatio sub modo überall da nichts zu finden ist, wo die Zuwendung wirklichen Schenkungscharakter behalten hat, und dies aus dem Willen des Schenkers erhellt. Denn, insofern der Geber in erster Linie dem Empfänger einen vermögensrechtlichen Vorteil zu erweisen beabsichtigt und in der dem Bedachten angesonnenen Leistung nicht einen Ersatz für die Gabe sucht,[48]) wird man annehmen dürfen, dass das Ganze Schenkung ist; im einzelnen Falle aber muss es wieder als Sache der jeweiligen Auslegung zu betrachten sein, nachzuprüfen, wo die Grenze liege.

Erxleben selbst sieht übrigens in der Schenkung das Mittel zum Zweck der Auflageerfüllung und demgemäss in der

[45]) Vgl. Regelsberger, Pand. S. 606.
[46]) Savigny IV S. 281; Pernice, Labeo S. 94.
[47]) Erxleben: cond. sine causa S. 293.
[48]) Stammler, Schuldverh. S. 85 ff.; Krahmer, Geg. Verträge S. 71.

Schenkung unter Auflage ein aus Schenkung und Verpflichtung gemischtes Geschäft.[49]) Er verlangt von dem modus, wenn er überhaupt rechtlich Bedeutung haben soll, die offensichtliche Bekundung eines starken, vielleicht häufig nur idealen Interesses von Seiten des Schenkers und kommt zu dem Ergebnis, dass die donatio sub modo als eine Art der datio ob rem aufzufassen sei. Hiergegen ist zu erinnern, dass eine Zuwendung verschiedene Zwecke verfolgen kann, welche sogar als Hauptzweck dem ganzen Geschäft ein egoistisches Gepräge aufzudrücken vermögen, ohne dass der Schenkungscharakter alteriert wird, sofern eine Zuwendung als geschenkt angenommen worden ist. Es kommt nicht darauf an, wie stark das Interesse des Schenkers an der Erfüllung seiner Auflage ist, sondern darauf, in welchem Sinne beide Beteiligten das Rechtsverhältnis eingegangen sind. Es ist auch nicht angängig, anzunehmen, dass Schenker die Form der Auflageschenkung wählt, wenn er nur zum Schein unentgeltlich zuwenden will, denn bei der bevorzugten gesetzlichen Behandlung der Auflageschenkung nach altem und neuem Recht muss er den gänzlichen Verlust der Zweckgabe gewärtigen, ohne seinen Zweck erreicht zu haben.

§ 7.

Auflageschenkung und gegenseitiger Vertrag.

Von grösster Wichtigkeit für die rechtliche Behandlung der Schenkung unter Auflage ist ihre Stellung zum gegenseitigen Vertrag. In den einzelnen Zeitabschnitten der gemeinrechtlichen Lehre finden sich häufig Vertreter widersprechender Meinungen, die natürlich nicht geeignet waren, weitere Versuche einer Klärung des Begriffs der donatio sub modo zu erübrigen.

Einigen ist die Auffassung gemeinsam,[50]) dass wir es hier in kausaler Beziehung mit einer Mischung von Schenkung und Zweckgabe zu tun haben, andere[51]) wieder behaupten, dass nur insoweit eine Schenkung vorliege, als der Wert der Zuwendung den der Auflage übersteige.[52]) Wir haben auf beide Ansichten schon hinzuweisen Gelegenheit gehabt.

Das A. L. R. neigte der Savigny'schen Auffassung zu und erklärte die donatio sub modo in II, 11 § 1053 im Zweifel für

---

[49]) Diese Auffassung führe, wie Wendt, Reurecht, S. 61, bemerkt, zu einer reinen datio ob rem.

[50]) Wendt, Reurecht (78) S. 64; Brinz, Pand. § 557; Regelsberger Pand. § 170.

[51]) So auch Göschen, Ziv. R. II, § 542.

[52]) Vgl. noch Seuffert Archiv VI, 38, 18, 136; ferner Entsch. d. R. Bd. 18 S. 180. Es handelt sich hier um praktische Fälle, bei denen die zur Erfüllung der Auflage erforderliche Summe bei der Berechnung der Insinuationssumme von der Schenkung in Abzug gebracht wurde.

einen lästigen Vertrag.[53]) Zu einer so weitgehenden Festlegung des Begriffs haben sich jedoch die Mehrzahl der Systematiker des gemeinen und auch des neueren Rechts nicht entschliessen können, wenn sie auch zugeben, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen Schenker und sub modo Bedachten einem gegenseitigen Vertrage nähere.[54]) Ihnen folgend haben auch die Gesetzgeber des B. G. B. von einer so einschneidenden gesetzlichen Bestimmung absehen zu müssen geglaubt, um der Gefahr des Missverständnisses nicht Vorschub zu leisten.[55]) Sie überliessen darum die Beurteilung im einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen. Freilich ist damit kein Stillstand in die Bewegung gekommen, aber auch die Systematiker des bürgerlichen Gesetzbuches erweisen sich grösstenteils als Gegner der Gleichstellung von Auflageschenkung mit gegenseitigem Vertrag.

Berücksichtigen wir zuerst die älteren Schriften, so nahm Scheurl[56]) noch einen mehr vermittelnden Standpunkt ein, schlägt aber bereits in seiner Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften die Brücke zu der Meinung derjenigen, die in der Auflageschenkung ein obligatorisches Vertragsverhältnis erkennen wollen.

Brinz[57]) sieht in der Auflage geradezu eine Einzelerscheinung des Prinzips, dass „alles, was man auf Grund eines reellen Empfangens zusagt und jede Auflage, welche man mit der Gabe angenommen habe, klagbar sein sollte.“ In dieser unbedingten Ausdehnung der Klagbarkeit auf alle Auflagen ist schon die Identifizierung der donatio sub modo mit einem gegenseitgen Vertrag zu erblicken. Als Auflage erscheint Brinz jede mit einer Gabe verknüpfte, auf Parteidisposition beruhende Obligierung des Empfängers.[58])

Becker[59]) nimmt einen Gegensatz von consensualen und realen Auflagen an, nennt letztere die Auflagen im engeren Sinne und charakterisiert sie durch zwei Merkmale: „Keine Gebundenheit über empfangene Bereicherung hinaus, kein Zwang, als durch Entziehung der Bereicherung.“ Er macht im Uebrigen die Unterscheidung von der Frage abhängig, ob eine wirkliche Gegenleistung vereinbart sei oder nicht, was wiederum seine Schwierigkeit habe, da „der Begriff der Gegenleistung selber noch kein ganz präziser sei.“

Denselben Vorwurf erhebt Lammfromm[60]) und schreibt

---

[53]) Vgl. Scherer (99) II. S. 636.

[54]) So Matthias § 112; Ortloff im Archiv f. bürg. R. S. 296; Stammler (97) S. 85 ff. Oertmann II. S. 246.

[55]) Motive § 448 S. 299.

[56]) Scheurl, Beiträge II, Erlangen (1871) § 71, 72 S. 245 ff.

[57]) Brinz (92) S. 230 ff. und Kritische Blätter Nr. 1 S. 29 ff.

[58]) Vgl. Lammfromm S. 79.

[59]) Pand. II S. 358 ff. 365, 367.

[60]) Teilung, Darlehn, Aufl. . . . . S. 131 ff.

der unrichtigen Auffassung des Begriffs der Gegenleistung die vielfachen Irrtümer bei der Behandlung der Auflageschenkung zu. Er äussert sich in seiner Schrift: „Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag" sehr eingehend zu der strittigen Frage, bekämpft die herrschende Ansicht vom Aequivalenzverhältnis der gegenseitigen Leistungen im Umsatzvertrag und sieht sein Wesen darin, dass jeder Kontrahent bei einem Umsatzvertrag als Zweck die Erlangung einer seine eigene Leistung an Wert übersteigenden Gegenleistung verfolge. Danach unterscheide sich die Schenkung unter Auflage vom einfachen Umsatzgeschäft dadurch, dass bei ersterer der Schenker nicht die Absicht habe, „sich eine gegenüber seiner eigenen Gabe wertvollere Leistung zu verschaffen, sondern dass er im Gegenteil von der Vorstellung ausgehen müsse, dass die Erfüllung der Auflage, bezw. das Versprechen dieser Erfüllung gegenüber seiner eigenen Leistung an Wert zurückstehe." Es kommt also auf dieselben Begriffserfordernisse an, wie wir sie im ersten Teile dieser Abhandlung für die Schenkung festgestellt haben: Nicht das objektive Wertverhältnis, sondern die Vorstellung der Parteien von dem Wertsverhältnis ist auch für die Schenkung unter Auflage massgebend. Da Lammfromm aber die Zuwendung als ein untrennbares Ganzes ansieht, gewährt er die Kondiction wegen Nichterfüllung der Auflage nicht etwa nur auf den Betrag der etwaigen Kosten, sondern auf den ganzen Gegenstand der Gabe, so dass auch nach seiner Meinung der Aufwand, welcher dem Bedachten durch Erfüllung der Auflage erwachse, niemals den Wert der Zuwendung übersteigen könne. Den Grund dieser Beschränkung auf den Geschenkwert findet Lammfromm nicht in einer Beschränkung der Verfügungsmacht des Schenkers, sondern in dem Einfluss des Geschenkzweckes auf den weiteren Zweck, den die Kontrahenten mit der Auflage verbinden. In konsequenter Berücksichtigung der gegenseitigen Abhängigkeit von Geschenkzweck und Auflagezweck sieht sich denn auch Lammfromm zu der Folgerung genötigt, die Schenkung unter Auflage für einen gegenseitigen Vertrag zu erklären,[61]) ohne allerdings im Widerspruch damit vorher einzuräumen, dass per argumentum e contrario aus § 526 B. G. B. auf eine Beschränkung der Auflage in der Höhe des Wertes der Zuwendung nicht geschlossen werden dürfe.

Ohne Zweifel tragen die Ansichten der vorbehandelten Autoren mehr oder weniger den Stempel der Beeinflussung durch Savigny[62]) an sich, wie denn auch die Kodifikation des sächsischen Gesetzbuches in § 1065 und der Hessische Entwurf in Art. 97 Buch II von der Lehre Savignys beeinflusst wurden. Er sprach der Zuwendung bei der donatio sub modo nur insoweit den Schenkungscharakter zu, als nach Abzug

[61]) Teilung, Darlehn . . . S. 165 ff.
[62]) System IV § 154 S. 103 ff. u. § 175 S. 280 ff.

des Werts der Auflage für den Bedachten eine Bereicherung übrig bleibe. Nur wenn die Gegenleistung keinen Geldwert habe, könne eine solche Trennung nicht vorgenommen werden, weil dann das ganze Geschäft mangels einer Differenz des Geldwerts und daraus hervorgehender Bereicherung nicht als Schenkung gelten könne. Durch diese Konstruktion eines negotium mixtum wollte Savigny die donatio sub modo jedoch nicht als ein Mittelding zwischen Schenkung und Tauschgeschäft hinstellen, sondern er sah in ihr entweder teils Schenkung, teils gegenseitigen Vertrag. So gelangte er wenigstens zu praktisch befriedigenden Ergebnissen und befestigte seine dominierende Stellung im damaligen Rechtsleben.[63])

Im Gegensatz zu Savigny und seinem Anhang wird in der Literatur zum B. G. B. der Unterschied zwischen wirtschaftlichen Zwecken und Schenkungszwecken gemacht und der Modus als eine „wirtschaftliche Funktion" aufgefasst, die nach der Absicht des Zuwendenden eine Beschränkung†) der Liberalität bei freigebigen Verfügungen in wirtschaftlicher Hinsicht herbeizuführen habe. Demgemäss treten sich die Vermögensleistung des Schenkers und die Handlung des Bedachten, „in einen bestimmten wirtschaftlichen Konnex gesetzt", ähnlich wie bei der Auslobung unvermittelt gegenüber, ohne jedoch den Charakter von Leistung und Gegenleistung zu haben, der bei rein entgeltlichen Rechtsgeschäften zu Tage tritt und von anderen Kriterien abhängig ist.

Verträge sind gegenseitig, wenn für beide Kontrahenten Leistungen festgesetzt werden, die nach Ansicht jedes die gegnerischen Zwecke zu fördern geeignet sind. Der Begriff des gegenseitigen Vertrages (Synallagma) erfordert also zunächst nichts weiter, als dass unter dem Schutze des Rechts gemäss dem Willen der Parteien Vereinbarungen getroffen werden, die als Leistungen in Erscheinung und als solche einander gegenübertreten sollen. Dadurch aber, dass jeder Teil im Falle einer Klage berechtigt ist, seine Verurteilung auf Erfüllung Zug um Zug zu verlangen, treten die Leistungen beider Parteien in ein derartiges wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis zu einander, dass jede Leistung als Entgelt der anderen und gleichwertig gegen die andere ausgetauscht wird. Diese Gleichwertigkeit (Aequivalenz) ist aber nicht als identisch mit G l e i c h h e i t des objektiven Tauschwerts aufzufassen, sondern es kommt auf die subjektive Wertschätzung an, und nur die V o r s t e l l u n g der Parteien von der Wertgleichheit ist

---

[63]) Für Savigny unter anderen: Puchta, Pand. § 71 Note f; Windscheid § 368 Note 18; Dernburg, Pand. II § 108 Note 3; Bremer in Iherings Jahrb. 13, S. 105 ff. Lammfromm, Teil., Darlehn . . . S. 130; Hellwig, Verträge S. 336; R. G. Entsch. Bd. 18 S. 108. Entgegen: Schilling III § 360, d.

†) Ebenso: Prtokolle der 2. Lesung S. 32; Kuhlenbeck, B. G. B. (1903) S. 431; Crome, Part. Rechtsg. S. 530 ff.

für den gegenseitigen Vertrag wesentlich.[64]) Diese sogenannte Aequivalenztheorie ist in letzter Zeit vielfach, meines Erachtens zu Unrecht angegriffen worden namentlich von Lammfromm, der ja, wie schon gesagt, das Charakteristische aller Umsatzgeschäfte in der Vorstellung jedes Kontrahenten einer für ihn vorteilhaften Verschiedenheit der einzutauschenden Leistungen sieht.[65]) Dem ist besonders auch gegen Haymann, der ebenfalls der Mehrwertstheorie den Vorzug einräumen möchte,[66]) entgegenzuhalten, dass beide Theorien im Wesentlichen doch wohl auf dasselbe hinaus kommen dürften. Denn, wie Haymann selbst zugeben muss, kann eine notwendige objektive Höherwertigkeit begrifflich nicht in Frage kommen, wohl aber werden die Parteien nach ihrer subjektiven Auffassung regelmässig höherwertige Leistungen einzutauschen glauben, indem ihnen der erwünschte Gegenstand oder die gegnerische Leistung mehr materielle oder ideelle Befriedigung verspricht, als das Darangewendete. Nur so wäre auch das beiderseitige Interesse am Geschäft zu erklären. Haymann geht aber in seiner Polemik noch weiter und behauptet, dass es für den Begriff des Synallagma und für die Scheidung von der Schenkung unter Auflage nicht darauf ankomme, dass jeder Teil in seiner Leistung nur ein Mittel sehe, die in dem Vertrage bestimmte Leistung des anderen Teils zu erhalten, dass es mithin gleichgültig sei, zu welchem Zweck eine Gabe bewilligt werde, — sondern dass allein die Tatsache ausschlaggebend sei, überhaupt nur eine Leistung vom Empfänger durch die Gabe anfordern zu können. Sobald also jemand mit einer Zuwendung die Anforderung einer Gegenleistung verknüpfe, soll er nicht mehr als Schenker anzusehen sein, mag er auch aus „reinem Wohlwollen", aus „freier Gunst" oder irgend einem anderen Zwecke gehandelt haben. Und umgekehrt, der Schenkungscharakter bleibe gewahrt, sofern ohne Anforderung einer Gegenleistung, wenn auch zu durchaus wirtschaftlichen Zwecken zugewendet werde.[67]) Diese Verneinung jeder Erheblichkeit von Zweck- und Wertvorstellungen für das Wesen des Synallagma führt dazu, in jeder Schenkung unter einer Auflage ohne weiteres einen gegenseitigen Vertrag zu erblicken und würde meines Erachtens in der Praxis unhaltbare Konsequenzen hervorrufen. Wenn Haymann z. B. die Gewährung eines Almosens an den blinden Hausierer unter Entgegennahme der feilgebotenen Zündhölzer für einen gegen-

[64]) Vgl. Cosack § 121; Crome, System I S. 330; Matthiass § 58, § 86, § 112; Oertmann zu 525 Nr. 3; Leonhard, Allg. T. S. 266; Zitelmann Allg. T. S. 130; Weihrauch bei Gruchot 1904, 48. Jahrg. S. 229; Meyerfeld, Schenkung, S. 389; Burckhardt, Begr. d. Sch. S. 24 und 127 ff.; Haymann, Schenk. u. Aufl. S. 9 ff.; Entsch. d. R. in Ziv. 60 S. 238.

[65]) Lammfromm, S. 52 ff., desgl. Krahmer, Geg. Verträge, S. 28 u. 71, besonders aber Ihering, Zweck im Recht, 2. Aufl. I. S. 121 ff.

[66]) Haymann S. 15.

[67])Haymann S. 16 u. 17.

seitigen Vertrag erklärt, oder in der Uebernahme eines völlig wertlosen Gegenstandes zu hohem Preise, um dem Veräusserer damit eine Unterstützung zukommen zu lassen, ein Kaufgeschäft sieht, so entspricht dies schwerlich der Auffassung des heutigen Lebens. Gewiss ist hier rein äusserlich betrachtet die Form des gegenseitigen Vertrages gewählt, soweit es sich um Geben und Dagegengeben handelt, aber diese äussere Form hat nur den Zweck, den wahren Charakter des Vorganges, der sich als unentgeltliche Zuwendung darstellt, vor der Oeffentlichkeit zu verdecken, um der Situation das Peinliche für den Bedachten zu nehmen und ihm selbst die Annahme des Geschenkes gewissermassen zu erleichtern. Wie es nicht zweifelhaft sein kann, dass der Blinde oder der Gelähmte durch die häufig auf der Brust hängende Zettelaufschrift: „ich bin blind" resp. „ich bin gelähmt", der Krüppel durch Zurschaustellen des Fehlens von Armen oder Beinen darauf hinweisen will, dass er sich selber für erwerbsunfähig und auf die Mildtätigkeit seiner Mitmenschen angewiesen hält, so dürfte es auch nicht zweifelhaft sein, dass er dem ausgestellten geringwertigen Kram keinen Einfluss auf die Erwerbslust der Vorübergehenden beimessen kann. Er ist, im Gegenteil, sich dessen wohl bewusst, dass seine Sachen vielerorts, in jedem Haushalt, Gasthaus etc. den Besuchern unentgeltlich zur Verfügung stehen und nur in grösseren Mengen für den Gebrauch angeschafft zu werden pflegen. Wenn darum doch ein Geben und Dafürgeben zwischen Spender und Bettler in Erscheinung tritt, so handelt es sich nur um ein Scheingeschäft mit dem Sinn, etwa dem beaufsichtigenden Polizeibeamten das „Uebersehen" des gesetzlich verbotenen Bettelns zu ermöglichen, oder um Dritten aus sittlichen Rücksichten vorzutäuschen, dass Kauf vor sich gehe, wo doch in Wahrheit stets Schenkung gewollt ist.

Das ausschlaggebende Moment ist für den Richter auf der subjektiven Seite zu suchen und der wahre ernstliche Wille der Parteien zu erforschen.[68]) Ist nach der Willensrichtung der Beteiligten die vom Empfänger zu bewirkende Leistung als Aequivalent im subjektiven Sinne aufzufassen, so darf der Annahme eines gegenseitigen Vertrages nichts im Wege stehen. Umgekehrt: Ist die zu bewirkende Gegenleistung nur in dem Sinne Gegenleistung, die Liberalität in den Augen des verpflichteten Empfängers weniger drückend oder demütigend erscheinen zu lassen oder sie vor Dritten zu verdecken, und ist, um sicher zu gehen, von einer subjektiven Gleichbewertung der Gabe und der Gegenleistung auch nur bei einem der beiden Beteiligten nichts festzustellen, so wird Schenkung anzunehmen sein. Dass hierbei letzten Endes für die Beurteilung des einzelnen Falles auch auf das Motiv Wert gelegt werden

[68]) So auch Staudinger (1910) S. 761 und Oertmann (1906) S. 459. Aehnlich Lenel, Archiv f. d. ziv. Pr. Bd. 79, S. 71.

muss, kann der Auslegung nur förderlich sein, wenn auch begrifflich ein animus donandi für die Schenkung nicht mehr gefordert wird. Oft genug wählen Kontrahenten zur Umgehung von Stempelgebühren etc. die Form einer Schenkung, obwohl sie in Wirklichkeit ein Kaufgeschäft beabsichtigen und ebenso umgekehrt. Wollte man daher mit Haymann Leistung und Gegenleistung allein für die Entscheidung sämtlicher Fälle als hinreichend erklären, so würden sehr häufig alle gesetzlichen Handhaben versagen, und der Verschleierung blieben Tür und Wege geöffnet.

§ 8.

Ergebnisse und Folgerungen. Auslegungsgrundsätze.

Halten wir die im letzten Abschnitt erörterten Meinungen noch einmal in rückschauender Würdigung gegeneinander, so gelangen wir zu folgenden Ergebnissen: Das B. G. B. vermeidet bei der Behandlung der Schenkung unter Auflage eine Definition des Begriffs der Auflage und setzt ihn als bekannt voraus. Dies berechtigt zu dem Schluss, dass in der gemeinrechtlichen Lehre sämtliche Kriterien für den Charakter der Auflage erschöpfend behandelt sind. Aus ihnen gelangten wir zu einer Ablehnung der Zusammenstellung der Auflage mit der Bedingung als gleichgeartet einer rechtgeschäftlichen Nebenerklärung, denn die Auflage hat eine selbständige Bedeutung[69]) und legt dem Empfänger eine Verpflichtung auf.

Abzulehnen war ferner die Unterstellung der Auflage unter die zu allgemein gehaltene „Voraussetzung“ und die „Selbstbeschränkungen des Willens“. Die Auflage beschränkt nicht den Willen der Handelnden, sondern vielmehr die Wirkung der mit ihr verbundenen Rechtsgeschäfte.

Auch die als „wirtschaftliche Beschränkung“ einer Zuwendung gefasste Begriffsbestimmung trifft nicht vollständig das Wesen der Auflage. Sie wird sich wohl meistens als Beschränkung der Zuwendung darstellen, aber nicht immer, da sich Fälle denken lassen, in denen der Wert der Auflage den Wert der Zuwendung übersteigt und dies auch aus § 526 B. G. B. per argumentum e contrario geschlossen werden kann.

Andere gefundene termini technici wie „Endzweck“, „Hauptzweck“ „Nebenzweck“ treffen den Begriff ebenfalls nicht vollkommen. Es haftet ihnen der Mangel an, dass sie die Auflage für manche Beispiele zu weit, für manche, wie wir zu zeigen versuchten, zu enge fassen.

Auch die von Haymann[70]) befürwortete, sich aus „modus“ (modifizieren) ergebende Begriffsbestimmung der Auflage als

[69]) Vgl. Dernburg, Pand. I § 115; Crome, Part. Rechtsg. (1897) S. 259 ff.; Kuhlenbeck v. d. Pand. z. B. G. B. I S. 383 ff.; Ortloff S. 295 ff.; Staudinger S. 761; Haymann S. 22 ff.; Feigel, Auflage S. 10.

[70]) Haymann S. 58.

„Massgabe" der Zuwendung ist nicht zu empfehlen, da ja der Zuwendung häufig insofern kein Mass gesetzt wird, als sie von dem Wert der Auflage übertroffen werden kann. Nichts einzuwenden wäre gegen den Ausdruck, wenn er als „Massgabe der Verpflichtung des Empfängers" aufgefasst worden wäre; indessen auch so lässt er sich zu einer umfassenden Definition schlecht verwerten.

Die Auflage belastet den Empfänger einer Vermögenszuwendung mit einer Verpflichtung eigener Art. Sie ist nicht Entgelt für die Vermögenszuwendung, auch nicht ein teilweises, sie belastet auch nicht in der Weise, dass sie ein Rechtsgeschäft zu einem bestimmten, etwa Miete, Pacht, Tausch etc. stempelt; sie bestimmt nicht die juristische Funktion einer Zuwendung, sondern lässt die Natur des Geschäfts ganz unverändert. Keine Auflage ist z. B. die Verpflichtung des Käufers bei dem Verkauf eines Schlossguts, den Besuch des Schlossparks öffentlich freizugeben; hier bildet die Verpflichtung nur einen Teil des Kaufpreises.[71]) Aber selbst in Verbindung mit unentgeltlichen Vermögenszuwendungen braucht die Verpflichtung des Empfängers nicht Auflage zu sein (Vermächtnis.)

Auflage ist vielmehr die mit einer unentgeltlichen Vermögenszuwendung durch besondere Zweckbestimmung verbundene Verpflichtung des Empfängers, die Gabe in vorgeschriebener Weise zu verwenden, oder sich zu einem sonstigen Tun oder Unterlassen bereit zu finden.

Von obiger Definition wird sich sagen lassen, dass sie allen denkbaren Fällen einer Schenkung unter Auflage gerecht zu werden vermag und auch der Auffassung des bürgerlichen Gesetzbuches entspricht.

Was die Schenkung unter einer Auflage selbst betrifft, so ergibt sich aus dem Bisherigen: Sie ist kein gegenseitiger Vertrag. Wäre sie es oder sollte sie es sein, so würden die Schöpfer des B. G. B. eine dementsprechende unzweideutige Ausdrucksform analog der des A. L. R. in den Gesetzestext aufgenommen haben. Sie unterscheidet sich dadurch scharf vom gegenseitigen Vertrag, dass bei ihr rechtlich nur ein einseitiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, nämlich das der Leistung des Bedachten von der des Gebers, nicht umgekehrt, und dass bei ihr nicht ein gegenseitiger Austausch und Ausgleichung zweier Leistungen stattfindet, sondern dass die Leistungen auf jeder Seite gesondert von der anderen selbständig erfolgen. Die Schenkung unter einer Auflage kommt

[71]) Vgl. Regelsberger, Pand. (1893) S. 603—604. Keine Auflagen sind auch die Verwaltungsanordnungen, die der Vermögenszuwender hinsichtlich des zugew. Vermögens trifft, vgl. §§ 1369, 1440, 1638, 1639, 1651 u. 1803. Siehe Staudinger S. 761.

aber häufig dem gegenseitigen Vertrag insoweit nahe, als die Leistung des Beschenkten, besonders wenn die Auflage den Vorteil des Schenkers bezweckt, in dem Sinne als Gegenleistung gelten kann, dass sie für und gegen die Leistung des Schenkers bewirkt wird. Hiermit ist aber die Aehnlichkeit erschöpft. Die Schenkung unter einer Auflage stellt sich also als ein eigentümliches Rechtsgebilde dar, das sich schwer in feste juristische Formen hineinzwängen lässt.[72]) Sie sollte geblieben sein: ein dehnbares Gefüge, nachgiebig und aufnahmefähig für jede Willensäusserung der Parteien und für jedes Beweismittel der Hauptbeteiligten bezüglich ihres bei dem Eintritt in das Rechtsgeschäft erkennbar gegebenen Willens. Wenn beiden, dem Schenker und dem Bedachten die Möglichkeit offenbleibt, ihr Für und Wider äussersten Falles vor den Schranken des Gerichts klar vortragen zu können, ohne vorweg durch Einreden oder andere Beschränkungen gehemmt zu sein, dann wird meines Erachtens der Richter in der Lage sein, in den unendlich verschiedenen Fällen der heutigen, weltumspannenden Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse befriedigende, allen Umständen Rechnung tragende Erkenntnisse abzusetzen.

Der Richter muss die Grundsätze, nach denen er entscheidet, unmittelbar dem Leben entnehmen können. Ohne ihre Beachtung ist eine volkstümliche Rechtsprechung nicht zu erreichen. In den meisten Fällen wird darum eine Berücksichtigung oder besser Erforschung der Beweggründe, von denen sich die Handelnden haben leiten lassen, nicht zu umgehen sein.

In diesem Sinne würde nach meinem Dafürhalten in Uebereinstimmung mit Lammfromm[73]) dem Kommissionsentwurf I. Lesung der Vorzug zu geben gewesen sein, da er nicht nur von jeder Art von Definition absieht, sondern auch keine Vorschrift darüber gibt, ob und inwieweit dem Schenker das Rückforderungs- bezw. Widerrufsrecht für den Fall der Nichterfüllung der Schenkungsauflage zustehen soll.[74]) Es sollte die Beurteilung des jeweiligen Falles mehr dem richterlichen Er-

---

[72]) Keine Schenkung unter Aufl. ist die Zuwendung von Vermögen an Vereine, die Unterstützung von Personen bezwecken. Hier handelt es sich um eine Ausstattung des Vereins mit Vermögen, das Vereinszwecken dienen soll. Vgl. Jur. Wochenschr. 1908 S. 754 ff. u. R. G. Entsch. Bd. 70 S. 15 ff. Bei öffentlichen Spenden bleibt es zweifelhaft, ob Sammelvermögen oder Schenkung u. Auflage vorliegt (z. B. Zeppelinspende). Siehe: Staudinger S. 761.

[73]) Teilung, Darlehn . . . S. 167. Lammfromm gelangt aber auf anderem Wege zu diesem Schluss.

[74]) Motive II S. 299 u. 301. Vgl. auch Savigny, System IV § 175; Windscheid Pand. II § 368 Note 14; derselbe, Voraussetzung S. 166, 182 ff.; A. L. L. I, 11 §§ 1053 ff.; code civil Art. 953—956; sächs. G. B. §§ 1066 f.; hess. Entw. II Art. 116; bayr. Entw. Art. 107, 108, 119; Dresd. Entw. Art. 513, 989; württemb. L. R. II, 18 § 14.

messen überlassen und nicht durch unvollständige Bestimmungen die Gefahr des Missverständnisses heraufbeschworen worden sein. Da indessen nach einstimmiger Ansicht der Systematiker des B. G. B. den Vorschriften der §§ 525—527 nur dispositiver Charakter beizumessen ist, bleibt den Parteien die Möglichkeit, abweichende Vereinbarungen zu treffen. Eine wesentliche Beeinträchtigung des Parteiwillens ist daher von der gegenwärtigen Regelung der Schenkung unter einer Auflage nicht zu befürchten.

II. Abschnitt. Rechte des Schenkers oder Dritter, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt.

1. Der Anspruch auf Vollziehung der Auflage.

§ 9.

Realkontraktsnatur der Auflage. Die in Betracht kommenden Personen.

In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht macht das bürgerliche Gesetzbuch die Gewährung eines Anspruchs auf Vollziehung der Auflage von der Vorleistung des Schenkers abhängig, indem es in § 525,1 bestimmt: „Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht, kann die Vollziehung der Auflage verlangen, wenn er seinerseits geleistet hat.“ Daraus ergibt sich, dass die in der Auflage liegende Verpflichtung des Bedachten nicht schon mit der Entgegennahme der Erklärung des Schenkers zur Entstehung kommt, sondern erst mit der Hingabe des Geschenkes selbst. Die Verpflichtung des Bedachten hat also die Natur einer Realkontraktsobligation[75]) und berechtigt den Bedachten solange zur Verweigerung der Erfüllung der Auflage, wenn er auf Grund der Annahme eines blossen Schenkungsversprechens in Anspruch genommen wird, bis der Schenker sein Versprechen erfüllt hat. Dieses Weigerungsrecht des Bedachten ist aber Bestreiten der eigenen Leistungspflicht,[76]) nicht Einrede, da Rechte des Schenkers noch gar nicht entstanden sind, sofern nicht aus besonderen Vertragsabreden anderes hervorgeht. Aus demselben Gesichtspunkt kann im umgekehrten Falle dem vom Bedachten auf Vorleistung verklagten Schenkungsver-

[75]) Vgl. besonders die eingehenden Ausführungen bei Haymann, S. 95 ff.; ferner Hellwig, Verträge S. 282 ff.; Endemann § 164, Nr. 28; Oertmann S. 458; Planck, S. 435 (3. Aufl.); Staudinger S. 763; Zitelmann, Grundriss S. 135; Goldmann u. Lilienthal (1902) S. 539; Crome II § 282 S. 518; Schollmeyer, Einzelne Schuldverh. S. 55. **Anderer Meinung** allein Cosack, der den Beschenkten schon durch die Annahme des Versprechens für verpflichtet hält.

[76]) So Schollmeyer S. 55.

sprecher weder ein Zurückbehaltungsrecht noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zugesprochen werden.

Auflagen können zu einer Leistung, zu einem sonstigen Tun, zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichten,[77]) sie können dabei das Interesse des Schenkers, des Beschenkten, dritter Personen oder einer öffentlichen Behörde im Auge haben.

Berechtigt die Vollziehung der Auflage zu verlangen ist der Schenker oder dessen Erbe, ein Dritter nur dann, wenn dem Bedachten mit der Auflage die Leistung an einen Dritten auferlegt ist und der Vertrag sich gemäss § 330 B. G. B. im Zweifel als ein Versprechen zu Gunsten des Dritten darstellt.[78]) Der Anspruch des Schenkers auf Vollziehung besteht daneben aber weiter, da der Dritte nicht cediertes, sondern selbständiges Recht erworben hat. Natürlicherweise kann der Dritte darum nicht mehr Rechte und diese nicht früher geltend machen, als der Schenker selbst, abgesehen wiederum von denjenigen Fällen, in denen Besonderes vereinbart ist. Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann ausnahmsweise und nur nach dem Tode des Schenkers laut § 525,*2* auch die zuständige Behörde Erfüllung verlangen, z. B. jemand schenkt einem Verwandten 50 000 Mark mit der Auflage, jedes Jahr an einem bestimmten Tage ein Dutzend Ortsarme neu zu kleiden und zu bewirten. Dass neben der Behörde die Erben des Schenkers in demselben Verhältnis forderungsberechtigt bleiben, wie der Schenker gegenüber dem Dritten, ist unbestritten und darf wohl aus dem Wortlaut von § 525,*2*: „auch die zuständige Behörde" geschlossen werden. Es liegt hierin, wie Oertmann[79]) richtig bemerkt, eine Art unechter Solidarität auf der Aktivseite, weil der Schenker resp. die Erben nicht Leistung an sich selbst fordern können.

Die Bestimmung des § 525,*2* war im ersten Entwurf zum B. G. B. nur hinsichtlich der Auflage des Erbrechts aufgenommen.[80]) Ihre Uebernahme auf die Schenkung erfolgte mit gutem Grunde, um die Erfüllung solcher Auflagen zu sichern, betreffs deren die Erben leicht geneigt sein dürften, sich mit dem Beschenkten abzufinden.[81])

Zuständig werden alle Behörden sein, denen nach Reichs- und Landesrecht die Sicherung und Erhaltung des allgemeinen Wohles zukommt. Da das Wohl der Gesamtheit aber das Interesse an allen sachlich gerechtfertigten Gemeinschaftsaufgaben umfasst, werden neben Reichs- und Landesfiskus auch solche

---

[77]) § 241 B. G. B.

[78]) Vgl. Oertmann S. 459 u. Dernburg II S. 136. Matthiass § 112 V. A.

[79]) Oertmann zu § 525, 2b, S. 458. Siehe auch Kohler Arch. Bürg. R. 21 S. 259 ff.

[80]) § 1888 Satz 2.

[81]) Vgl. Protokolle d. Komm. für d. 2. Les. S. 31.

Korporationen des öffentlichen Rechts in Frage kommen, welche wie die Provinzen, Kommunen, Kirchen- und Schulgemeinden, Orts- und Landarmenverbände, Berufsgenossenschaften etc. die Pflege einzelner gemeinnütziger Zwecke übernommen haben.[82]) Daraus, dass die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage erst nach dem Tode des Schenkers verlangen können soll, ist ersichtlich, dass die Rechte des Schenkers bei seinen Lebzeiten völlig unversehrt bleiben. Er wird also nicht nur auf die Erfüllung der im öffentlichen Interesse angeordneten Auflage verzichten können, sondern auch unter bestimmten Voraussetzungen, auf die im letzten Paragraphen eingegangen werden soll, die ganze Schenkung widerrufen dürfen.

Verpflichtet zur Erfüllung der Auflage sind der Beschenkte und seine Rechtsnachfolger. Ist die Vollziehung der Auflage zu Gunsten des Beschenkten selbst angeordnet, so entsteht die Frage, ob es sich um eine wirkliche Auflage oder nur um einen wohlgemeinten Rat, eine Empfehlung oder die Angabe der Veranlassung zu der Zuwendung handelt. Letzteren Falles wird der Auflage eine Wirksamkeit kaum zugesprochen werden können; aber einer Auflage aus dem alleinigen Grunde, dass der Schenker lediglich die Interessen des Bedachten im Auge hat und die Erfüllung der Obligation nur diese Interessen zu fördern bestimmt ist, jede Wirksamkeit versagen zu wollen, kann nicht angängig sein.[83]) Entscheidend für die rechtliche Erheblichkeit ist neben dem Inhalt der Auflage die Nachweisbarkeit eines fehlenden oder vorhandenen ernsten Verpflichtungswillens, die Prüfung der näheren Umstände und die Frage, ob die Anordnung überhaupt fähig ist, unter Rechtszwang gestellt zu werden.[84])

Da es gleichgültig ist, ob die Auflage einen Vermögenswert hat oder nicht, so wird der Anspruch auf Erfüllung, wenn die Auflage keinen Geldwert hat und ausschliesslich das Interesse des Beschenkten betrifft, vielfach ganz von selbst entfallen. In solchen Fällen gewährt Schollmeyer Seite 57 dem Schenker an Stelle des Erfüllungsanspruchs nur die Kondiktion auf das Ganze, sofern er beweisen kann, allein unter der Voraussetzung der Erfüllung seiner Auflage geschenkt zu haben, und falls die Absicht der Vertragschliessenden darauf gerichtet war, auch wenn der Beschenkte die Auflage schuldlos zu erfüllen unterliess. Meines Erachtens kann in diesen Fällen, wenn die Auflage keine Leistung von Vermögenswert zum Gegenstande hat, nur die Rückforderung wegen unge-

[82]) Näheres bestimmen die Ausführungsgesetze: Für Preussen Art. 7 d. Verordn. vom 16. Nov. 1899; für Bayern Art. 107 d. Ausf.-Ges. und § 24 d. Verordn. vom 24. Dez. 1899; für Sachsen § 10 d. Verordn. vom 6. Juli 1899 usw. Siehe noch Oertmann S. 458 und Haymann S. 163.

[83]) Vgl. Motive S. 300.

[84]) Ebenso Oertmann S. 459,3.

rechtfertigter Bereicherung aus §§ 812 ff. in Frage kommen, sofern überhaupt eine verbindliche Auflage vorliegt, was zu beweisen wäre.[85]) Die Kondiktion aus § 527, wo die Rückforderung auf den Wert der zur Erfüllung notwendigen Aufwendungen beschränkt wird, gewähren zu wollen, ergäbe einen Widersinn, da die Auflage ja keinen Vermögenswert hat. Die Rückforderung aber ganz zu versagen, wenn die Verwendungsbestimmung von dem Beschenkten nicht eingehalten worden ist, dürfte überall da nicht der Billigkeit entsprechen, wo die Praxis zur Annahme des Vorliegens ernster Willensäusserungen gelangt, und der bezweckte Erfolg ausgeblieben ist.

§ 10.

Der § 526 B. G. B. Wertverhältnis von Zuwendung und Auflage.

„Soweit infolge eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird.

Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen.“ (§ 526.)

Diese Vorschrift des § 526 beweist, worauf wir schon früher hingewiesen haben, dass Savignys Voraussetzung, der Wert der Auflage müsse begrifflich geringer sein, als die Zuwendung, vom bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannt worden ist. Zwar wird normalerweise die Zuwendung der Billigkeit und dem lukrativen Charakter des ganzen Rechtsgeschäfts entsprechend einen Mehrwert gegenüber der Auflage bedingen, und der Beschenkte wird gewöhnlich nicht mehr zu leisten haben, als er bekommen hat, doch haben wir es in § 526 gerade mit einer Sonderregelung für diejenigen Fälle zu tun, in denen die zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen den Wert der Schenkung übersteigen. Dies ergibt sich aus § 526 durch zwingendes argumentum e contrario und aus dem Wortlaut von § 525.[86]) Wenn

[85]) Anders Haymann S. 38, 140, 151; vgl. aber Staudinger S. 767, und Oertmann § 527,3.

[86]) Ebenso: Haymann S. 91 u. 117, obwohl er die Auflage im Widerspruch mit dieser Ansicht als „Einschränkung“ der Zuwendung auffasst; ferner Oertmann § 525,4; Dernburg II S. 136; Planck II S. 436; Schollmeyer IV S. 55; Cosack § 140, d.; Goldmann u Lilienthal S. 540. Endemann § 164 Nr. 29 hält die Verpflichtung des Be-

Rehbein[87]) aus § 526 entnehmen zu können meint, „die Auflage setze voraus, dass der Beschenkte sie durch Geld oder geldwerte Leistungen erfüllen könne", so übersieht er, dass die Vorschrift des § 526 nicht von allen Schenkungsauflagen die Schätzbarkeit in Geld voraussetzt, sondern dass § 526 nur für diejenigen aus der grossen Zahl als möglich gedachter Auflagen den Einwand gewähren wolle, welche einen in Geld schätzbaren Aufwand voraussetzen.

Der Tatbestand des § 526 ist nun dann als vorliegend zu erachten, wenn bei einer Schenkung unter Auflage Rechts- oder Sachmängel im Sinne von §§ 523—524 offenbar werden und sich aus ihnen für die Vollziehung der Auflage ein Fehlbetrag herleitet. Als Fehlbetrag gilt aber nicht der Gesamtbetrag der durch den Mangel verursachten Wertsminderung, sondern nur derjenige Teil davon, um den der Wert der Zuwendung hinter den für die Auflageerfüllung erforderlichen Kosten zurückbleibt.[88]) Gegenüber diesem Fehlbetrag stehen dem Beschenkten zwei verschiedene Rechtsbehelfe zu: Erstens, er kann, wenn er die Auflage noch nicht vollzogen hat, die Vollziehung verweigern, aber nur nachdem der Wert der Zuwendung vollständig erschöpft ist. „Bis dies geschehen ist, muss der Beschenkte unweigerlich, wie Haymann treffend erörtert, soweit eine teilweise Erfüllung tunlich oder für den Schenker von Interesse ist, der Auflagepflicht nachkommen, es sei denn, dass ihm etwa nach allgemeinen Grundsätzen ein Anfechtungsrecht zusteht, z. B. wegen Irrtums nach § 119,1 B. G. B. oder auf Grund einer Arglist des Schenkers nach §§ 523,1 und 524,1."[89]) Diese Einrede hat nicht peremptorischen sondern dilatorischen Charakter, da sie vom Schenker durch Nachzahlung des Fehlbetrages abgewendet werden kann und nur so lange in Kraft bleibt, bis die Ausgleichung bewirkt ist. Die Einrede steht dem Beschenkten gegenüber dem Schenker, einem Dritten oder der zuständigen Behörde zu gemäss argumentum e contrario aus Satz 1 in § 526 in Verbindung mit Satz 2, auch wenn ihm der Mangel im Zeitpunkt der Begründung der Auflageverpflichtung be-

---

schenkten, mehr aufzuwenden, als er bekommen habe, nur für gerechtfertigt, wenn ein gegenseitiger Vertrag vorliege und hofft, dass die Praxis, auch soweit dem Beschenkten ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung nicht zustehe, zu dem Satze gelangen werde: Die Höhe der Zuwendung begrenzt die Auflageverpflichtung.

[87]) Rehbein, Komm. II S. 13.

[88]) Vgl. Staudinger S. 765 u. Oertmann § 526, 3, a, dessen dortiges Beispiel zur Erklärung diene: „Wäre der Wert der Zuwendung ohne den Mangel = 1000, mit dem Mangel = 500, während die Kosten 800 betragen, so besteht der Fehlbetrag nicht aus 500 sondern nur aus 300."

[89]) Haymann S. 118.

kannt war.[90]) Zweitens kann der Beschenkte, wenn er die Auflage vollständig oder teilweise, dann aber über den Wert der Zuwendung hinaus, erfüllt hat, Ersatz der durch den Mangel entstandenen ungedeckten Kosten beanspruchen, jedoch nur dann, wenn er den Mangel vorher nicht gekannt hat.[91]) Es treten in diesem Falle bezüglich Verzinsung und Befreiung von einer zum Zwecke der Erfüllung eingegangenen Verbindlichkeit die §§ 256 und 257 B. G. B. in Kraft. Der Ersatzanspruch ist dem Beschenkten auch dann zuzubilligen, wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruhte. Fahrlässiges Nichtkennen steht dem Kennen nicht gleich. Die Unkenntnis als Voraussetzung des Anspruchs ist vom Beschenkten zu beweisen.[92]) Beruft sich aber der Schenker auf eine von ihm bereits bewirkte oder angebotene Ausgleichung des Fehlbetrages, so hat er natürlich zu beweisen.[93]) Kannte der Beschenkte den Mangel und erfüllte er die Auflage trotzdem, so kann er keine Ansprüche geltend machen, auch wenn er bei der Vollziehung die Unzulänglichkeit des Wertes nicht gekannt hat. Er wird in diesem Falle so behandelt, als wenn er bewussterweise auf sämtliche Ansprüche verzichtet hat. Er verliert sein Recht schon bei Kenntnis des Mangels selbst.[94])

Irrtum des Beschenkten über den Wert der Zuwendung und die Erfüllungskosten der Auflage wird heute, wenn nicht der Fall des § 526 vorliegt, von einigen Autoren[95]) grundsätzlich dem Schenker zur Last gelegt, doch billigen andere[96]) dem Beschenkten ein Anfechtungsrecht aus §§ 119,2, 523,1 und 524,1 zu.

Lamfromm will nun auch in solchen Fällen analog aus § 526 dem Beschenkten die Einrede und, falls er davon Gebrauch macht, dem Schenker in logischer Folgerung das Rückforderungsrecht gewähren, wenn entgegen der Vorstellung der Parteien sich der Kostenaufwand für die Auflage hinterher wider Erwarten als höher herausstellt, als der Wert der Gabe, ohne dass also ein Mangel im Recht oder ein Mangel der verschenkten Sache vorliegt. Es sei für den Geschenknehmer wesentliches Vertragsmoment gewesen, keineswegs weniger zu bekommen, als er zahlen müsse, und demgegenüber könne

---

[90]) Ebenso: Staudinger S. 765; Oertmann § 526, 3, a; Cosack S. 502; Schollmeyer S. 55; Haymann S. 118; Planck § 526,2; Schmitz: Rechte des Schenkers . . . S. 22.

[91]) Vgl. Haymann S. 118 u. 123 desgl. Oertmann, Staudinger, Schmitz a. a. O.

[92]) Ebenso: Planck § 526,3; Schollmeyer S. 55; Haymann S. 123, Anm. 2; Goldm. u. Lilienthal S. 540 Anm. 7; Staudinger (1910) S. 765; Oertmann § 526,4.

[93]) Vgl. Leonhard, Beweislast S. 347 u. 395.

[94]) So die allgemeine Ansicht.

[95]) z. B. Cosack S. 501; Crome S. 519 ff.; Staudinger S. 766.

[96]) Goldmann u. Lilienthal S. 540,5 und, wie schon oben erwähnt, Haymann S. 118.

der Schenker nicht wie bei einem Umsatzvertrag, entgegenhalten, dass er bei Abschluss des Vertrages mit Wissen des Gegners von der entgegengesetzten Vorstellung ausgegangen sei.[97]) Oertmann glaubt Lammfromm in Berücksichtigung des Prinzips von Treu und Glauben und weil die Auflage sinngemäss immer etwas „Nebensächliches" hinter dem Zuwendungszweck Zurückbleibendes darstelle, beipflichten zu sollen.[98]) Meines Erachtens ist die vorgedachte Ausdehnung der Bestimmungen des § 526 unzulässig,[99]) da sie ihren vom Gesetzgeber gewollten Ausnahmecharakter und die Beschränkung auf alle Fälle vorliegenden Mangels offensichtlich nicht verleugnen können. Es ist aber zuzugeben, dass infolgedessen Fälle denkbar bleiben, in denen der Wille der Kontrahenten mangels ausdrücklicher Vertragsabrede nicht voll zur Geltung kommen kann, ein Ergebnis, das durch Uebernahme der im ersten Entwurf getroffenen Regelung auf das B. G. B. vermieden worden wäre.

Was den Rechtsgrund des Anspruches aus § 526 Satz 2 betrifft, so ist man heute geneigt, ihn als eine Erweiterung des Geschäftsführungs- oder des Auftragsanspruchs anzusehen, nachdem man ihn früher auf die Analogie mit den gegenseitigen Verträgen[100]) und auf die condictio indebiti[101]) zurückgeführt hatte. Man macht jetzt geltend, dass der Schenker, da er die Erfüllung der Auflage gewollt habe, auch für die Kosten aufkommen müsse. Reiche das Geschenk zur Deckung der Kosten nicht aus, so könne der Schenker infolge von § 526 die Kosten wenigstens dann nicht auf den Beschenkten abwälzen, wenn er eine mangelhafte Sache zugewendet habe. Dies scheint insofern das Richtige zu treffen, als die Rechtsordnung dem Schenker nicht gestatten will, Ansprüche durchzusetzen, die ihm mehr einbringen, als er mit seinem Geschenk dem Werte nach hingegeben hatte. Es soll mit anderen Worten dem Schenker nicht ermöglicht werden, durch eine Auflageschenkung für Rechnung des Bedachten zu spekulieren.[102])

2. Das Rückforderungsrecht.

§ 11.

Der § 527 B. G. B. Nichtigkeit der Auflage. Umfang der Rückforderung.

Ein weiteres Recht zur Wahrnehmung seiner Interessen gewährt das bürgerliche Gesetzbuch dem Schenker neben dem

[97]) Lammfromm S. 153—154.
[98]) Oertmann § 525,4.
[99]) Ebenso: Planck § 526,4; Cosack S. 501; Haymann S. 117; Crome S. 519 f.
[100]) Vgl. Crome S. 520.
[101]) Vgl. Zitelmann S. 247; früher auch Oertmann.
[102]) Vgl. Oertmann § 526,3b, u. Haymann S. 119—123.

Anspruch auf Vollziehung der Auflage in dem Rückforderungsrecht gemäss § 527: „Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Dieser Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen."

Die vorstehende Festlegung erfolgte in Ablehnung des ersten Entwurfs entsprechend den Aenderungen der II. Kommission und stellt sich praktisch als eine sehr bedeutsame Abweichung vom gemeinen Recht dar, das dem Schenker in der condictio ab causam datorum grundsätzlich ein Recht auf Rückforderung des ganzen Geschenkes zuerkannte. Ohne Zweifel bedeutet die heutige Regelung eine Bevorzugung des Schenkungscharakters der Schenkung unter einer Auflage und selbstverständlich ist auch der Anspruch aus § 527 ebenso aktiv und passiv vererblich, wie die römische condictio ob causam.[103])

Die II. Kommission ging von der Anschauung aus, dass Schenkungen in der Regel nicht um der Auflage sondern um der Bereicherung des Beschenkten willen gemacht würden und dass die Kondiktion der ganzen Schenkung sich nur rechtfertigen liesse, „wenn man in der Nichterfüllung der Auflage einen Undank sähe, der mit Rechtsverwirkung zu bestrafen wäre." Darum empfehle es sich um so mehr die Rückforderung in dem beschränkten Umfange zuzulassen, als darin keine Unbilligkeit gegen den Bedachten zu sehen sei, sondern nur ein Mittel, um ihn zur Vollziehung der Auflage anzuhalten.[104])

Ausgeschlossen ist zunächst das Rückforderungsrecht, wenn ein Dritter, sei es allein, sei es neben dem Schenker, die Vollziehung der Auflage verlangen kann. Dem Dritten aber steht, gleichgültig, ob er die Vollziehung wirklich verlangt oder nicht, ein Rückforderungsrecht nicht zu. Solange er also seinen Erfüllungsanspruch aufrecht erhält, ist niemand berechtigt, den Bereicherungsanspruch aus 527 geltend zu machen; verzichtet der Dritte aber, so kann der Schenker resp. sein Erbe kondizieren. Als Dritter kommt nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige öffentliche Behörde in Betracht. Ihr Erfüllungsanspruch wird regelmässig das Rückforderungsrecht der Erben des Schenkers, die leicht geneigt sein werden, sich mit dem Beschenkten zu einigen, illusorisch machen.[105])

[103]) Vgl. Haymann S. 139/140.

[104]) Vgl. Protokolle II S. 32 u. 33.

[105]) Vgl. Prot. II S. 31; Haymann S. 177—178; Crome II S. 522. Anderer Meinung Planck § 527, 3 Abs. 2, der ohne ersichtlichen Grund das Rückforderungsrecht der Erben gegen den Erfüllungsanspruch der Behörde für wirksam hält.

Im Uebrigen soll der Schenker gemäss § 527,1 sein Rückforderungsrecht unter den Voraussetzungen des Rücktrittsrechts bei gegenseitigen Verträgen geltend machen können, wonach die Bestimmungen der §§ 323 ff. anzuwenden sind. Es kommt demgemäss in Frage, inwieweit die Kondiktion des Schenkers Wirksamkeit erhält, falls die Auflage als solche nichtig ist. Wird die ganze Schenkung damit hinfällig?

Zunächst ist sicher, dass Auflagen, die gemäss §§ 134 und 138 den guten Sitten oder einem gesetzlichen Verbot widersprechen, selbst völlig nichtig sind. Wann aber und aus welchen tieferen Gründen eine Schenkungsauflage als unsittlich zu erachten ist, wird der Richter nach freier Beurteilung der gegenwärtigen Gesellschafts- und Verkehrsverhältnisse und der besonderen Begleitumstände des einzelnen Falles zu entscheiden haben. Ob z. B. die Verpflichtung zur Wahl einer bestimmten Berufsart, zur Eingehung oder Nichteingehung einer bestimmten Heirat, zum Wechsel des Glaubensbekenntnisses etc. gegen Empfang einer unentgeltlichen Zuwendung als unsittliche Auflage anzusehen ist, wird für jeden Fall nicht mit gleicher Sicherheit feststellbar sein, ohne dass man die wahre Willensmeinung der beteiligten Personen, „den sittlichen Gehalt ihres Beweggrundes und den Stärkegrad der dadurch bedingten Beeinflussung des freien Willens" in Berücksichtigung und Erwägung gezogen hat. Ist nach Würdigung aller dieser Umstände dem ganzen Geschäft durch die unsittliche Auflage „der Stempel des Unsittlichen aufgedrückt," z. B. jemand nimmt Geld an mit der Auflage, es zum Ankauf eines Bordells zu verwenden, so ist auch das ganze Geschäft null und nichtig.[106]) Ausserdem wird der Grad der essentiellen Bedeutung der Auflage im Verhältnis zu der Schenkung und in Hinsicht auf § 139 B. G. B. entnehmen lassen, ob die Zuwendung bestehen bleiben soll, wenn die Auflage hinfällig ist. Ist z. B. die Vollziehung einer Auflage von vornherein unmöglich, ohne dass Schenker oder Beschenkter die Unmöglichkeit zu vertreten haben, so wird die auf eine solche Leistung, Handlung oder Unterlassung gerichtete Vereinbarung nach § 306 als nichtig anzusehen sein, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Geschäft laut § 139 auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Verschuldet der Schenker die Unmöglichkeit, so wird der Verpflichtete regelmässig und mit Recht von der Erfüllung der Auflage befreit werden.

Wenn Lammfromm aus dem „misslichen, der juristischen Konsequenz entbehrenden Resultat", dass die ursprüngliche Unmöglichkeit der Vollziehung einer Auflage auch die ganze Schenkung vernichte, folgern zu müssen glaubt, dass dem Schenker, falls er schon erfüllt hat, die Kondiktion auf den ganzen Gegenstand der Gabe zustehe, so ist dies in so absoluter Form abzulehnen. Es kommt eben alles auf die Be-

[106]) Vgl. Staudinger S. 763, Oertmann § 525,5.

deutung der Auflage für das ganze Rechtsgeschäft und auf die Auslegung der Willensrichtung beider Kontrahenten an.[107]) Aehnlich verhält es sich bei nachträglich eintretender, vom Beschenkten nicht verschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung einer Auflage. Die Schenkung bleibt im allgemeinen wirksam. Der Beschenkte wird in der Regel gemäss § 275 von der Verpflichtung befreit und kann das ganze Geschenk behalten.[108]) Strittig ist, aus welchem Rechtsgrunde die Befreiung des Belasteten Platz zu greifen habe. Haymann sieht den Grund in einem zwingenden argumentum e contrario aus § 527 wohl in Verbindung mit § 276, Lammfromm[109]) führt ihn auf § 527 in Verbindung mit §§ 325 ff. zurück. Nach Oertmann, der m. E. auf das am nächsten Liegende hinweist,[110]) ergibt sich dies schon aus § 527 selbst, da er vorschreibe, dass nicht einmal bei willkürlicher Nichterfüllung der Auflage das ganze Geschenk vom Empfänger kondiziert werden könne. Bei schuldloser Unmöglichkeit dürfte dies also noch viel weniger der Fall sein können. Aber die Frage scheint meines Erachtens unschwer zu lösen und unerheblich, wenn man daran festhält, dass das Gesetzbuch die Schenkung unter Auflage als Schenkung angesehen wissen will und der Auflage nur subsidiäre Bedeutung beimisst.. In diesem Sinne wäre es ein Widersinn gegen das ganze Institut, wollte man den Beschenkten, falls ihn keine Schuld an der Unmöglichkeit der Auflagenerfüllung trifft, für einen Verlust in Anspruch nehmen, mit dem sich der Schenker in den weitaus meisten Fällen schon abgefunden hat. Kann dieser jedoch nachweisen, dass er die Auflage (ob zu seinem oder des Bedachten Vorteil ist gleichgültig) nur unter der unbedingten Voraussetzung ihrer Erfüllung mit der Schenkung verbunden habe, z. B. Schenkung mit Unterhaltspflicht, so steht ihm die Bereicherungsklage aus §§ 812 ff., wenn der bezweckte Erfolg ausgeblieben ist, ebenso zu, wie im Falle der Geltendmachung des Bereicherungsanspruches, wenn die Auflage keinen Vermögenswert hat.[111]) Ein Nebeneinanderbestehen der Kondiktion aus §§ 812 ff. und der aus § 527 ist in diesen Fällen also abzuweisen.[112]) Entweder Geltendmachung der ersteren, wenn die unterbliebene Auflageleistung den mit der

---

[107]) Vgl. Crome, Part. R. S. 535; Oertmann § 525,5; Staudinger S. 763.

[108]) So die allgemeine Ansicht.

[109]) Haymann S. 140; Lammfromm S. 166.

[110]) Oertmann § 525,5; vgl. auch Crome Part. R. S. 535 u. Dernburg § 210,2.

[111]) Vgl. § 9 dieser Abhandlung, am Ende S. 36/37.

[112]) Vgl. hierzu Haymann S. 151 und die dort Zitierten: Planck zu § 527,4; Schollmeyer S. 55 ff.; Endemann I. 4, § 164 Note 33; Hellwig, Verträge S. 328; Crome § 232 am Schluss; Oertmann § 527,3; Staudinger zu § 527 II, 6; Titze, Unmöglichkeit S. 323 Note 7; anders Dernburg II § 210,4. Kuhlenbeck zu § 527; Lammfromm S. 166.

Zuwendung bezweckten Erfolg darstellt und 1) keinen Vermögensaufwand im Sinne des § 527 erfordert, oder 2) ohne Verschulden des Beschenkten unmöglich ist; oder Rückforderung nach § 527 in allen Fällen einer gewöhnlichen Schenkung mit obligatorisch wirksamer Auflage, wenn man sozusagen von einem Schuldverhältnis zwischen Schenker und Beschenktem sprechen kann. Letztere Fälle sind es vornehmlich, für die § 527 den Schenker auf den Herausgabeanspruch unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen verweist, wenn die Vollziehung der Auflage unterbleibt (§§ 525 ff.)

Hiernach kann der Schenker, wenn die Unmöglichkeit des Vollzugs der Auflage auf einem vom Beschenkten zu vertretenden Umstande (§§ 276 ff.) beruht, das Geschenk insoweit zurückfordern, als es zur Erfüllung zu verwenden war. (§ 325 Abs. 1 Satz 1.)

Bei teilweiser Unmöglichkeit hat der Schenker ebenfalls den Rückforderungsanspruch auf den ganzen Betrag der zur Vollziehung aufzuwendenden Leistung, sofern er nachweist, dass eine teilweise Erfüllung der Auflage für ihn kein Interesse hat (§ 325 Abs. 1 S. 2.) Das gleiche gilt, auch ohne dass der Auflagevollzug unmöglich ist, wenn der im Verzuge befindliche (§ 326) oder rechtskräftig zur Erfüllung verurteilte Beschenkte (§ 325 S. 2 in Verbindung mit § 283) die ihm zur Bewirkung der Leistung gesetzte angemessene Frist ungenutzt hat verstreichen lassen, oder wenn der Beschenkte die Auflage innerhalb der gesetzten Präklusivfrist nur teilweise erfüllt und der Schenker nachweist, dass die Vollziehung des rückständigen Teiles der Auflage für ihn kein Interesse hat.

Statt von seinem Rückforderungsrecht gemäss § 527 Gebrauch zu machen, kann der Schenker auf Vollziehung klagen, soweit die Klage nicht durch Fristbestimmung in den Fällen der rechtskräftigen Verurteilung oder des Verzuges ausgeschlossen wird. Kann der Beschenkte (§ 815) nachweisen, dass der bezweckte Erfolg von Anfang an unmöglich war und dass der Schenker dies gewusst hat, oder dass der Schenker den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat, so ist eine Rückforderung wegen Nichtvollziehung der Auflage ausgeschlossen.

Im Uebrigen bestimmt sich das Rückforderungsrecht nach den Vorschriften der §§ 812 Abs. 1, Satz 2, 818, 820. Gegenstand der Herausgabe ist das Geschenk, soweit es zur Vollziehung zu verwenden war. „Dies kann, muss aber nicht und wird gewöhnlich nicht das Ganze sein.“[113])

Ob die Rückforderung sich auf das Geschenk „in natura“ oder auf den Wert erstreckt, kann meines Erachtens nicht zweifelhaft sein. Es wird beides möglich sein, je nachdem es sich bei der Auflage um eine Spezialität oder um eine in

[113]) So Staudinger S. 767.

Geld zahlbare Leistung handelt. Zur Beurteilung kommt es auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles an. Schenkt z. B. jemand sein Reitpferd mit der Auflage, es bis zum Lebensende gut zu halten und zu pflegen, so darf der Beschenkte natürlich nicht das geschenkte Pferd verkaufen und statt dessen ein billigeres in Pflege und Benutzung nehmen. War nicht der ganze spezielle Gegenstand zu verwenden, so ist naturgemäss auf den Wert zurückzugreifen. Nur das Geschenk als solches in Frage zu ziehen, wäre „sinnwidrig und formalistisch„.[114]) Hauptsache ist, dass die Parteien den Wert als in der Sache liegend gedacht haben, und dass der Aufwand für die Auflage aus dem Gegenstande, „sei es unmittelbar, sei es nach seinem wirtschaftlichen Ertrag" bestreitbar ist.[115])

Neben dem Rückforderungsrecht wird dem Schenker nach allgemeinen Grundsätzen auch ein Anspruch auf Schadensersatz zuzubilligen sein, wenn die Vollziehung der Auflage durch schuldhaftes Verhalten des Beschenkten unterbleibt. Doch ist anzunehmen, dass die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes diesen Anspruch ebenso ausschliesst, wie den Anspruch auf die noch möglich gebliebene Erfüllung der Auflage. Wenn die Schenkung unter einer Auflage auch kein gegenseitiger Vertrag ist, so unterliegt sie doch nach dem Willen der Gesetzgeber bezüglich des Rückgabeanspruchs den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen geltenden Bestimmungen insoweit, als deren Anwendung mit ihrer Schenkungsnatur in Einklang zu bringen ist und der besonderen Regelung nicht widerspricht.[116])

3. Das Widerrufungsrecht.

§ 12.

Die §§ 530, 531 B. G. B. als Ersatz für § 527.

Es ist schon darauf hingewiesen worden, dass aus der Nichtvollziehung einer Auflage unter gewissen Umständen ein Widerrufsrecht für den Schenker entspringen kann.

Schon Justinian gestattete in c. 10. C. de revocat. donat. 8,55 dem Schenker die Revokation der ganzen Schenkung wegen Undanks, wenn der Empfänger seinen übernommenen Verpflichtungen nicht nachkommen wollte.[117])

Nach dem bürgerlichen Gesetzbuche ist ein Widerrufsrecht nur unter den Voraussetzungen des § 530 gegeben. Da

---

[114]) Ebenso: Oertmann § 527,2; Haymann S. 145; Matthiass § 112 V. D.; Staudinger S. 767; Crome § 232 Note 43.

[115]) Aehnlich Haymann S. 145.

[116]) Vgl. Planck § 527,5; Oertmann § 527,4; Staudinger S. 767; anders Haymann S. 149 ff.

[117]) Vgl. Schilling III S. 363.

nun die Schenkung unter einer Auflage ihren Schenkungscharakter, wie wir gesehen haben, auch unter ihrer Sonderregelung bewahrt und bewahren soll, bleibt sie naturgemäss in engem Zusammenhang mit dem gesamten Schenkungsinstitut, dessen Vorschriften also überall da platzgreifen werden, wo sie nicht durch §§ 525—527 ausgeschlossen sind. Aus dem Fehlen einer besonderen Verweisung in den §§ 525 bis 527 die Nichtanwendbarkeit der Widerrufsbestimmungen herleiten zu wollen,[118]) erscheint daher völlig unbegründet, und dies um so mehr, als gerade in der absichtlichen Nichterfüllung der Auflage häufig ein kränkendes Verhalten des Beschenkten gegenüber dem opferfreudigen Schenker zu sehen sein dürfte. Je wichtigere Interessen mit der Auflage wahrzunehmen sind, und je leichtfertiger und unentschuldbarer die Ausserachtlassung dieser Interessen erfolgt, um so unbilliger muss es erscheinen, dem Schenker das Widerrufsrecht zu versagen.[119])

Damit die Nichterfüllung den Widerruf begründe, muss der Bruch der Auflage den Gesetzesvorschriften entsprechend sich als schwere Verfehlung und grober Undank gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers erweisen. Wer als naher Angehöriger anzusehen ist, bestimmt nicht die Gradesnähe allein, sondern vornehmlich „das dem Beschenkten bekannte persönliche Verhältnis des betroffenen Angehörigen zu dem Schenker.“[120]) Einen Anhalt bietet der § 52 des St. G. B.

Wann die Voraussetzungen für den Widerruf vorliegen, entscheidet im einzelnen Falle das richterliche Ermessen.[121]) Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat (§ 532), gegenüber dem Beschenkten durch einfache formlose Erklärung und entzieht der Schenkung ihren Rechtsgrund.[122])

Ist die Schenkung durch Erklärung oder Klageerhebung rechtsgültig widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes von dem Schenker oder dessen Erben nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden (§ 531.)

Der Herausgabeanspruch gemäss § 531 geht also von vornherein weiter, als der aus § 527. Zur Anwendung kommen die Bestimmungen der §§ 812 Abs. 1 S. 2, 818, 819 Abs. 1,

---

[118]) Vgl. Lammfromm S. 165—166.

[119]) Vgl. Haymann S. 139.

[120]) So Planck § 530 Abs. 1; vgl. auch die ausführlichen Darlegungen bei Pollack: „Der Schenkungswiderruf“, 1886.

[121]) So Matthiass § 112 VI. 3 B.

[122]) Vgl. Planck § 530 u. 531; Staudinger S. 767—768; Oertmann § 530—531; Matthiass § 112 VI, 3, B, 2. Endemann § 166, 3. Schmitz S. 67.

822, 291 ff. Danach kann der Beschenkte erst dann aus dem vollzogenen Widerruf haftbar gemacht werden, wenn er von dem Widerruf Kenntnis erhalten hat. Die Haftung erstreckt sich auch auf Zinsen, Nutzungen und dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes erworben hat, indessen nur soweit der Beschenkte noch bereichert ist. Ein Dritter, der das Geschenk unentgeltlich empfangen hat, ist zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung ohne rechtlichen Grund erhalten hätte. Hat der Beschenkte die Gabe entgeltlich weggegeben, so muss er alles herausgeben, was er dafür bekommen hat.